

The background of the cover is filled with abstract, black line-art drawings of human faces. The faces are stylized, with some having closed eyes and others with open eyes. The lines are thick and expressive, creating a sense of movement and depth. The faces are scattered across the page, some overlapping, and they vary in orientation and expression.

Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon

Barbara das Neves

Pedro Henrique Machado da Luz

(Orgs.)

Propedêutica Humanística em foco



No livro que prefacio estão reunidos doze artigos que abordam assuntos relacionados ao Direito, em especial delimitados pela marca da reflexão teórica. Em geral, são textos de Teoria do Direito, de Filosofia do Direito, História do Direito e de Teoria do Estado. Esta é uma orientação possível, embora não definitiva. Uma demarcação. Introduce-se assim uma perspectiva de leitura, cuja demarcação pode auxiliar na compreensão de cada texto, ou de seu conjunto, pela presença que objetivam, mas também pela ausência (pressuposta) que os compõem. Outra demarcação também poderia ser sugerida para a liberação ou clausura dos significados e sentidos dos textos reunidos, como são os termos modernidade, pós-modernidade, hipermodernidade e transmodernidade. Os textos de algum modo estão nessas marcas históricas, temporais e teóricas; ou então, são assim, fenomênica ou essencialmente. Estão nos tempos pós-modernos apenas, ou até podem ser pós-modernos propriamente, ou estando na pós-modernidade, são ainda modernos e um deles, pelo menos, está na transmodernidade, e parcialmente é transmoderno, só para exemplificar e “cucar” o cético! Há também os hipermodernos (mais de um)! A potencialidade dessa demarcação se atualiza com maior ou menor intensidade pela presença textual, mas também pela ausência (presente), e nestes casos aparece como condição de possibilidade (de onde o sentido vem). Uma terceira demarcação pode sugerir que a versão dos assuntos dos textos não se encerra no senso comum (embora por vezes conte com ele, ou dele não se afasta por inteiro, ao superá-lo dialeticamente), e ingressam na esfera demarcada pelo critério de uma produção teórica para além da não ciência. São textos científicos, embora não no sentido da concepção positivista de ciência (seja na ideia racionalista, seja na empirista) que de algum modo pretendem sempre, e acreditam nisso), alcançar uma radiografia da realidade, ou seja, atingir o resultado de uma identificação plena de um fenômeno ou objeto de pesquisa – dizer definitivamente o que a realidade é -, mas são científicos na visão que concebe a ciência como uma construção de modelos explicativos, aproximativos e corrigíveis de um tema, campo ou objeto de pesquisa.

Celso Luiz Ludwig



Propedêutica Humanística em Foco

Propedêutica Humanística em Foco

Organizador@s:

Amanda Gonçalves Benvenutti Pozzobon

Barbara das Neves

Pedro Henrique Machado da Luz



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

POZZOBON, Amanda Gonçalves Benvenuti; NEVES, Barbara das; LUZ, Pedro Henrique Machado da (Orgs.)

Propedêutica humanística em foco [recurso eletrônico] / Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon; Barbara das Neves; Pedro Henrique Machado da Luz (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

290 p.

ISBN - 978-85-5696-496-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Propedêutica.; 3. Humanidades; 4. Filosofia do Direito; 5. Jurisdição; I. Título

CDD: 100

Índices para catálogo sistemático:

1. Filosofia 100

Sobre os organizadores

Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon - Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná - Prêmio Professor Teixeira de Freitas. Oficial Delegada e Conciliadora Voluntária no Estado do Paraná. Contato: amandagbenvenuti@gmail.com.

Barbara das Neves - Mestranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Unicuritiba e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Paraná. Advogada e Professora no Estado do Paraná. Contato: barbaradasneves@gmail.com.

Pedro Henrique Machado da Luz - Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) - Prêmio por Desempenho Acadêmico. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI). Contato: pedrohmluz@gmail.com.

Sumário

Prefácio	11
Celso Luiz Ludwig	
1	25
A biopolítica em Roberto Esposito: imunidade e comunidade	
Barbara das Neves; Amanda Gonçalves Benvenutti Pozzobon	
2	53
A influência aristotélica na teoria da justiça de Amartya Sen: algumas interlocuções	
Eduardo Henrique Titão Motta; Vitória Pedruzzi Segato	
3	73
Enrique Dussel e Friedrich Nietzsche: seria a ética da libertação incompatível com a vontade de potência?	
Gustavo Dalpupo de Lara; Maria F. B. Loureiro; Eduardo Xavier C. Andrade	
4	89
O deslocamento do poder soberano: administração e constitucionalismo na nova ordem global	
João Pedro Ruppert Krubniki	
5	115
Colisão entre direitos fundamentais na prisão preventiva: o direito à liberdade em face do direito à segurança pública	
Lucas Caviini Leonardi	
6	139
Direito, Poder, Estado: um contraponto à “crítica foucaultiana” em tempos de pós-modernidade	
Luiz Augusto da Silva	

7	171
O reconhecimento dos direitos culturais: uma perspectiva analítica da relação indivíduo X sociedade X cultura nas obras de Norbert Elias, Sigmund Freud e Michel de Certeau	
Marcella Souza Carvalho	
8	193
A moral formal de Jürgen Habermas: a democracia processual brasileira	
Melina Fauz Kletemberg	
9	211
<i>Design</i> constitucional e poder de agenda: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988 e dos regimentos internos	
Nestor Castilho Gomes	
10	231
Disciplina, controle e informação: contribuições para um estudo do panorama societário atual	
Pedro Henrique Machado da Luz	
11	255
Proposta de método: estudo da criança e do adolescente qualificados como sujeito de direito	
Rafael de Sampaio Cavichioli	
12.....	273
Direito e ciberespaço: o <i>code</i> como fonte do direito contemporâneo na perspectiva do pluralismo jurídico	
Rennan Klingelfus Gardoni	

Prefácio

*Celso Luiz Ludwig*¹

No livro que prefacio estão reunidos doze artigos que abordam assuntos relacionados ao Direito, em especial delimitados pela *marca da reflexão teórica*. Em geral, são textos de Teoria do Direito, de Filosofia do Direito, História do Direito e de Teoria do Estado. Esta é uma *orientação* possível, embora não definitiva. Uma *demarcação*. Introduce-se assim uma perspectiva de leitura, cuja demarcação pode auxiliar na compreensão de cada texto, ou de seu conjunto, pela *presença* que objetivam, mas também pela *ausência* (pressuposta) que os compõem. Outra *demarcação* também poderia ser sugerida para a *liberação* ou *clausura* dos significados e sentidos dos textos reunidos, como são os termos *modernidade*, *pós-modernidade*, *hipermodernidade* e *transmodernidade*. Os textos de algum modo *estão* nessas *marcas* históricas, temporais e *teóricas*; ou então, *são* assim, fenomênica ou essencialmente. Estão nos tempos pós-modernos apenas, ou até podem ser pós-modernos propriamente, ou estando na *pós-modernidade*, são ainda *modernos* e um deles, pelo menos, está na *transmodernidade*, e parcialmente *é* transmoderno, só para exemplificar e “cutucar” o cético! Há também os *hipermodernos* (mais de um)! A *potencialidade* dessa demarcação se *atualiza* com maior ou menor intensidade pela *presença* textual, mas também pela *ausência* (presente), e nestes casos aparece como *condição de possibilidade* (de onde o sentido vem). Uma terceira *demarcação* pode sugerir que a versão dos assuntos dos textos não se encerra no *senso comum* (embora por vezes conte com ele, ou dele não se

¹ Professor de Filosofia do Direito da UFPR e da UNINTER.

afasta por inteiro, ao *superá-lo* dialeticamente), e ingressam na esfera demarcada pelo critério de uma produção teórica para além da *não ciência*. São textos *científicos*, embora não no sentido da concepção *positivista* de ciência (seja na ideia racionalista, seja na empirista) que de algum modo pretendem sempre, e acreditam nisso), alcançar uma radiografia da realidade, ou seja, atingir o resultado de uma identificação plena de um fenômeno ou objeto de pesquisa – dizer definitivamente o que a realidade é –, mas são *científicos* na visão que concebe a ciência como uma *construção de modelos explicativos, aproximativos e corrigíveis* de um tema, campo ou objeto de pesquisa. Penso que os textos, cada um e a sua totalidade, se caracterizam pelo esforço de construção de modelos teóricos em cada tema escolhido, tendo como ênfase o recorte da teoria nos diferentes campos do saber acima mencionadas. Os diversos textos têm, portanto, como questão central a *pretensão* de produzir *teoria* nos campos apontados, e tal teoria, que os une, tem na *criticidade* sua *marca* específica: todos os textos produzem *teoria crítica*, e como tal anunciam ou pressupõem uma desconfiança em relação à *teoria tradicional* de cada um dos setores nos quais o tema reside e transita. Nesse passo, pode ser incluída a observação metodológica da *pluralidade da teoria crítica*, que se desdobra em *diferentes modelos*, desde um sentido mais marxiano da crítica material ao modelo frankfurtiano da teoria crítica sociedade, do modelo da crítica foucaultiana/deleuziana (do sujeito à biopolítica, e esta até Esposito) ou pós-foucaultiana ao modelo habermasiano e ao vitalista crítico dusseliano, até a crítica intradogmática de dois a três dos artigos. Os textos dialogam, em encontros e desencontros, portanto, como diversos pensadores, dos quais destaco alguns, como Michel Foucault, Gilles Deleuze, Gilles Lipovestky, Paula Sibilia, Jacques Derrida, Jacques Chevallier, Roberto Esposito, Giorgio Agamben, Antonio Negri, Amartya Sen, Baoventura de Sousa Santos, Sigmund Bauman, Manuel Castells, António Manuel Hespanha, Pietro Costa, Paolo Grossi, Norbert Elias, Sigmund Freud, Michel de Certeau, Friedrich Nietzsche,

Enrique Dussel, dentre outros, para indicar a complexidade dos conteúdos abordados.

Eis, portanto, aqui o livro instigante composto por diversos autores e autoras que enfrentam o desafio da elaboração teórica de novas situações, de novos temas gerados e produzidos nos diversos aspectos da realidade, em particular os que interessam ao mundo jurídico, e que por *transcenderem* as experiências já consolidadas e/ou esgotadas e teoricamente formuladas, requerem e até exigem *novas teorias*, ressaltando especialmente aquelas que procuram dizer *o mundo como ele é na perspectiva de como poderia ou deveria ser, no horizonte e uma teoria crítica emancipatória e de libertação!*

Não acredita? Aponto, em cada texto reunido neste livro, um ou outro aspecto, a sugerir seu assunto na perspectiva afirmada.

1. *Direito, poder, Estado: um contraponto à “crítica foucaultiana” em tempos de pós-modernidade*, de Luiz Augusto da Silva, discute as contribuições e insuficiências na recepção da “crítica foucaultiana” no pensamento jurídico brasileiro, tendo por objetivo renovar análise crítica necessária no enfrentamento dos desafios do Direito na pós-modernidade. A referências de sua crítica é a obra de Jacques Chevallier, *O Estado Pós-Moderno*. O autor do artigo, reconhece a importância (em especial, sobre o poder, poder disciplinar, biopoder, normalização, o Estado e o papel do Direito) da chamada crítica foucaultiana de combate às “premissas do Direito Moderno”, mas ao mesmo tempo, identifica neste ataque o motivo do não enfrentamento de adversários novos, advindos dos tempos da chamada *pós-modernidade* do Estado e do Direito. Penso que se pode afirmar que a abordagem procura dialeticamente ir além da *crítica foucaultiana* levando em conta uma percepção fenomenológica que aponta para a existência de uma *pós-modernidade geral* e suas implicações na *pós-modernidade jurídica*. Análises, conceitos e categorias já típicas da pós-modernidade estariam incorporadas a conteúdos normativos, embutidos na normalização jurídica, enfim, na teoria jurídica

(novas formas da subjetividade, vulnerabilidade, incerteza, complexidade, diferença, consumo e consumidor, minorias, direito extrastatal, supraestatal e infraestatal...). Um texto com Foucault e além dele.

2. Nestor Castilho Gomes escreve artigo com o título *Design constitucional e poder de agenda: uma análise à luz da constituição federal de 1988 e dos regimentos internos*. Como o próprio autor anuncia, o objetivo é o de repensar o denominado *design constitucional*, com a finalidade de promover novas maneiras de envolvimento dos cidadãos nos processos de decisão, a partir do poder de agenda. Para descobrir quem detém o poder de agenda no processo legislativo brasileiro, analisa o presidencialismo, o pluripartidarismo e o sistema eleitoral brasileiro, e conclui que é o Presidente da República quem possui o poder de agenda, tanto em relação às propostas a serem apresentadas quanto ao tempo oportuno de fazê-lo. De outra parte, conclui que as normas regimentais dão aos Presidente da Câmara, do Senado e ao Colégio de Líderes o protagonismo. As conclusões anunciadas permitem constatar que o poder de agenda assim distribuído estabelece uma inter-relação entre o presidencialismo de coalizão e as normas regimentais. A perspectiva é de um exercício crítico funcional intradogmático.

3. O texto de Barbara das Neves e Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon *A biopolítica em Roberto Esposito: imunidade e comunidade* apresenta conceitos da biopolítica do pensador italiano em cotejo com Foucault, Agamben e Negri. Na intenção de sustentar uma biopolítica afirmativa da vida, investiga criticamente a política moderna a partir do paradigma imunitário. O artigo ressalta a novidade da categoria da *imunidade* na biopolítica, especialmente na dialética entre *communitas* e *immunitas*, na concepção proposta por Roberto Esposito. Destaca-se a imunidade como categoria histórica intrínseca necessária a proteção da vida. No entanto, surge na obra do filósofo e no artigo a interrogação sobre qual a “razão de uma biopolítica atingir contornos tão

negativos ao ponto de traduzir-se na morte da própria vida”? Como exemplos paradigmáticos de tal tendência estariam no atentado de 11 de setembro e na experiência nazista, expressões da negatividade nessa forma de poder. A concepção do paradigma imunitário apresenta-se como forma de explicação e enfrentamento, uma filosofia da biopolítica da vida. Em síntese, afirmam as autoras: “Esposito entende fornecer uma solução ao enigma da biopolítica com o ‘paradigma da imunização’, semelhante à dinâmica do sistema imunológico de um organismo. Constitui-se exatamente na tangência entre a esfera da vida e da política. Trata-se de um conceito com capacidade semântica de equacionar e correlacionar não só a vida e o direito, mas o poder de conservação da vida”. E é apresentando e entrelaçando conceitos tais como imunidade, comunidade, soberania, liberdade, o texto caminha no sentido da elaboração de novo paradigma de uma biopolítica afirmativa da vida, aqui ressaltada sua importância para “possibilitar medidas da proteção jurídicas dos vulneráveis em situações similares e compreensão entre a vida e a política na atualidade”. Uma instigante abordagem na perspectiva da biopolítica afirmativa.

4. Vitória Pedruzzi Segato e Eduardo Henrique Titão Motta no artigo *A influência aristotélica na teoria da justiça de Amartya Sen: algumas interlocuções* apresentam do autor indiano a ideia de justiça tendo como cerne a liberdade, ou melhor, as liberdades. Mostram como o autor constrói e reconstrói um conceito de justiça examinando criticamente outras concepções filosóficas para então propor a ideia de justiça “centrada nas capacidades das pessoas de fazerem coisas com base no que elas têm razão para valorar”. Além disso, o artigo aponta como filósofo indiano examina os principais conceitos da teoria da justiça como equidade de John Rawls, recepciona aspectos deles, mas ao mesmo tempo, avança na direção de uma teoria própria. Nessa ótica, o artigo destaca o núcleo comum aos autores, mas aponta sempre para o projeto de superação do modelo de John Rawls. O ponto inicial da formulação

de Amartya Sen está na antiga ciência do direito indiano nos seus diferentes conceitos de justiça como *niti* e *nyaya*. A distinção permite ao filósofo considerar além do aspecto sistemático e sistêmico, a práxis cotidiana e histórica das pessoas, deslocando-se assim a compreensão para realizações de avanço e retrocesso da justiça: deslocamento da concepção de uma *sociedade justa* para a *justiça na sociedade*. No artigo são apresentadas as diversas dificuldades das concepções idealistas transcendentais, bem como as vantagens da teoria de Sen, em especial no que se refere à dimensão e ao peso da factibilidade da justiça na vida concreta das pessoas: *a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato, a partir de duas capacidades, fundadas na liberdade*. E como se explicam as capacidades, funcionalidades e liberdades? O texto caminha nessa direção, e ao fazê-lo, apresenta alguns importantes passos da reconstrução histórica do conceito de justiça aristotélico, com destaque à práxis ético-política, e ao cerne teleológico honorífico como essencialidade da justiça. Tema relevante para a reflexão sobre as teorias da justiça, seja no campo da teoria do direito, seja no âmbito da filosofia do direito.

5. O artigo de João Pedro Ruppert Krubniki *O deslocamento do poder soberano: Administração e Constitucionalismo na nova ordem global* apresenta a possibilidade de investigar o surgimento de novos espaços para a conquista de direitos para além da esfera estatal. O deslocamento do poder soberano, dada a crise do Estado, surge como fonte de tal possibilidade. Os espaços a serem explorados situam-se na ordem global: direito administrativo global e constitucionalismo global. A análise tem em perspectiva o duplo sentido da crise do Estado. Por um lado, é *negativa* pela perda da força da centralidade do Estado como fonte de poder e de direitos. Por outro, é *positiva* porque permite a formação de novos espaços de conquista de direitos, situados na sociedade internacional. Esse deslocamento do poder soberano requer a vigilância crítica do jurista tanto em relação à crise do Estado Social e seus efeitos, quanto em relação ao surgimento do sentido

da nova ordem global. As incertezas resultantes da crise podem e devem despertar a sensibilidade e a análise para definir as escolhas do futuro. A autor é cauteloso e alerta sobre as armadilhas dessa nova ordem e avança na reflexão com as mediações conceituais que a complexidade exige (como os diferentes sentidos da globalização e sua dialética com o local, seus aspectos econômicos, políticos e jurídicos), tendo especialmente como fonte neste particular os estudos de Boaventura de Sousa Santos e Abili Lázaro Castro de Lima. A ideia do artigo explicitada no título, além disso, está sustentada na indicação de situações concretas reveladoras da *diluição das fronteiras estatais*, o que gera uma *crise de soberania territorial*, na expressão de Zygmunt Bauman. A partir desse quadro, ou pano de fundo, no artigo se desenvolve instigante e desafiadora implicação no campo jurídico, especialmente nas vertentes da racionalidade administrativa global e da racionalidade constitucional global.

6. Com o título do artigo de Melina Faucz Kletember indica – *A moral formal de Jurgen Habermas e a democracia processual brasileira* – a abordagem tem como assunto central a teoria comunicativa de Habermas. O texto além de apresentar o núcleo necessário à compreensão da *razão comunicativa* e de seu sentido ético (inicialmente *ética do discurso*), preocupa-se com a questão do princípio democrático, e da democracia processual brasileira. Tendo em conta as dificuldades teóricas e práticas relacionadas à democracia e aos processos democráticos políticos e sociais, ou seja, tendo em vista a acentuada crise, em certos casos, as dramáticas crises, sejam elas conjunturais ou de tendências estruturais, a autora encontra nas lições de Habermas um *modelo crítico na razão comunicativa*. Ao reconstruir o movimento da história da filosofia aplica a noção de *paradigma*, tomada de empréstimo da história da ciência, dividindo as épocas históricas em filosofias ontológicas, mentalistas e linguísticas, para nesta última desenvolver os conceitos centrais da *razão comunicativa*, seja com atenção às *pretensões de validade* (inteligibilidade,

sinceridade, verdade e justiça), seja com cuidado aos princípios (discursos, universalização e democracia), tendo como teleologia desde já assinalar o lugar ou sentido ético dessa condição ou situação, ainda que de uma moral formal. Embora, como ressalta o texto, o *princípio do discurso* assuma a forma de *princípio democracia* na esfera jurídica, e portanto, tem um aspecto particular e específico, parece decisivo destacar, dada a grave crise da conjuntura atual e as tendências estruturais de ameaça aos processos democráticos, que a reflexão do artigo aponta para a contribuição crítica, na ordem da fundamentação, que o modelo da razão comunicativa oferece com o geral Princípio Democrático que perpassa todo processo filosófico habermasiano. O texto se insere num quadro multidisciplinar, com destaque aqui ao âmbito da filosofia do direito.

7. Pedro Henrique Machado da Luz em seu *Disciplina, controle e informação: contribuições para um estudo do panorama societário atual* ocupa-se do tema da sociedade, na tipologia da *sociedade disciplinar*, da *sociedade de controle* e da *sociedade informacional*. O recorte da análise está centrado nas formulações filosóficas do conceito de sociedade em jogo em diferentes práticas históricas referidas. Destaca as principais determinações de cada arquétipo societário. Mostra como na concepção de sociedade disciplinar o poder é exercido pelo instrumento da vigilância, do exame e da sanção, e, como a partir de certo momento histórico a normalização de indivíduos e populações ocorre, no denominado biopoder. Nesse passo, por óbvio, a reflexão do autor é conduzida pela filosofia de Michel Foucault, em alguns dos conceitos pertinentes ao tema do artigo (panóptico, poder soberano e disciplinar, biopolítica, técnicas de poder). Gilles Deleuze aparece como principal pensador quando o assunto é a sociedade de controle. O texto do autor elege de Gilles Deleuze especialmente aspectos que contrastam com a análise de Foucault, insistindo que mais do que a atuação de *enclausuramento* – ordenação do tempo nos espaços confinados da escola, hospital, prisão, fábricas – a

sociedade de controle tem as marcas da interpretação dos espaços não confinados, delimitados e em tempo contínuo, em processo ininterrupto e sem término: passagem da *assinatura* para a *senha*. A caracterização dessa mudança é descrita a partir de um conjunto de conceitos (organização, informação, hierarquia, rede, fluxos, controle) de uma nova filosofia. Com pertinentes interrogações quanto aos efeitos que essa nova configuração filosófica, o artigo questiona em especial sobre o poder do Estado diante das novas tecnologias, do progresso da informática, da microeletrônica e de outros saberes? Que tipo de relação existe entre o Estado e a normalização dos indivíduos? Introduz nesse contexto teórico o sociólogo espanhol Manuel Castells. Os temas como tecnologia, informação, globalização e economia informacional indicam bem o que pretende ao anunciar a *era da informação*. A *sociedade informacional* é definida ou descrita em cotejo com a sociedade industrial (produção na indústria – informação e tecnologia para seu armazenamento e sua difusão), em síntese, como diz o artigo, o novo paradigma tem como base a tecnologia da informação, da qual resulta a mudança da estrutura e do exercício do poder, ao ponto de ver o Estado (antes fonte principal de poder) hoje desafiado pela globalização (limitação política nacional), pelos mercados globais (limitação econômica), e crise de legitimidade política que enfraquece atuação sobre a sociedade. O texto consiste numa filosofia do poder em movimento e como tal procura captar as principais determinações da sociedade, no específico recorte do poder e seu exercício. Uma reflexão de teoria do Estado, do poder e da sociedade em perspectiva crítica.

8. O tema da produção da subjetividade ou dos processos de subjetivação aparece nitidamente no artigo *Proposta de método para o estudo da criança e do adolescente qualificados como sujeito de direito*, de Rafael de Sampaio Cavichioli. Menciona a presença de uma multiplicidade de sujeitos, fruto de conquistas e lutas por igualdade social e reconhecimento de identidades. Entre as diversas, encontra-se a subjetividade jurídica “criança e

adolescente”, e o autor anuncia a necessidade de um método que visa ao exame crítico da produção de tal subjetividade. Inicialmente, o texto conecta a concepção da subjetividade moderna europeia (abstrata e universal) à concepção recepcionada pelo Direito na categoria de sujeito de direito (também abstrata e universal), e depois a conexão à categoria de sujeito de um Estado de Direito, e por fim, condiciona o agir válido e apto a produzir efeitos jurídicos como manifestação da vontade racional e transcendental. Essas são as condições da abstração da subjetividade em contraste com a subjetividade concreta. É neste ponto que reside o problema a ser enfrentado nas subjetividades concretas. A solução encontrada pelo direito ocorre através de filtros – conceitos e técnicas – com a finalidade de, por um lado, manter a condição da abstração universal, e de outro, encontrar mediações de aproximação ao concreto, com elementos apontados pelo autor, como autonomia da vontade, capacidade, imputabilidade, tipicidade e outros. No entanto, para o autor do artigo, isso não é suficiente, pois é fundamental examinar a operabilidade do direito concretamente. Como se dá essa operabilidade nos casos concretos, especialmente dos novos sujeitos de direito (trabalhador, criança, mulher, negro, idoso e demais)? Como essas novas subjetividades são concretamente produzidas? O artigo enfrenta a complexa e variada produção das novas subjetividades, em especial para além do campo da economia política, ou seja, é necessário *adentrar o campo da economia subjetiva*. Entende que o tema pode ser pensado na linha do pensamento de Michel Foucault (*Hermenêutica do sujeito*), a partir de seu método, sustenta. Ao assumir essa metodologia, a compreensão da subjetividade jurídica torna-se viável ao delimitar contextos discursivos, os processos e procedimentos de sujeição espaço-temporal de uma dada forma de subjetividade. Após tal delimitação metodológica, o objeto específico da produção da subjetividade da criança e do adolescente são desdobrados. O artigo, entre muitos outros aspectos, remete à preocupação e

importância decisiva da questão metodológica no direito, em especial para captar a essência do concreto em suas múltiplas determinações.

9. O artigo da autoria de Rennan Klingelfus Gardoni *Direito e ciberespaço: o “code” como fonte do direito contemporâneo na perspectiva do pluralismo jurídico* ocupa-se do tradicional tema das fontes do direito, mas o faz de maneira inovadora, levando em conta um novo ambiente de interação social, o *ciberespaço*. A nova dinâmica social das transformações tecnológicas da informação, especialmente a partir do século XXI, trazem consigo um outro “Code” que requer a reformulação da teoria das fontes do direito. A cibernética passa a ser referência na moldura do ambiente virtual. Embora haja nesse novo ambiente questões metodológicas e epistemológicas ainda a serem enfrentadas, não há como ignorar, em termos de conteúdo, a efetividade da virtualidade, e sua normatividade, aqui explicitada e defendida. Para sustentar a tese, o autor busca a compreensão do tema das *fontes* na pré-modernidade e na modernidade, para concluir que o final do século XX e início do XXI acenam para a erosão de tal sistema. O advento da *sociedade informacional* exige a renovação da teoria das fontes. Toma como referência nesse passo António Manuel Hespanha, Manuel Castells, Paolo Cappellini, Pietro Costa, Paolo Grossi, Ricardo Marcelo Fonseca, e Lawrence Lessig, para elaboração conceitual do tema na complexidade da realidade de nossos tempos. O texto provocativo lança novo olhar sobre as fontes do direito, apontando elementos e desdobrando alguns conceitos que claramente mostram não só a possibilidade, mas a necessidade de renovação da teoria do direito, no caso particular na teoria das fontes.

10. O instituto da prisão preventiva é o tema do artigo de Lucas Caviini Leonardi *Colisão entre direitos fundamentais na prisão preventiva: o direito à liberdade em face do direito à segurança pública*. Entre os muitos aspectos de interesse no tema abordado, principalmente no desdobramento do conteúdo,

anunciado passo a passo no resumo, cabe dar destaque, sem dúvida, à atualidade e urgência da questão, tendo em vista a *conjuntura* em que vivemos, e que ultrapassa as fronteiras do país, e que permite conjecturar na linha de uma *tendência estrutural*, como anteriormente mencionado. O artigo em seu metódico desenvolvimento mostra, sem entrar aqui no mérito do tema no campo que lhe é próprio, que a produção doutrinária recente sobre o assunto revela seu caráter eminentemente crítico, em que pese haver um déficit na reflexão sobre o instituto nas perspectivas jurídicas distintas. A reflexão do texto se encaminha no sentido de apontar que o tema carece de uma implicação com maior intensidade de conquistas alcançadas no plano da *teoria do direito*, particularmente na esfera da *normatividade*. A distinção apontada e desenvolvida no texto entre regras e princípios se vista em densidade maior no dispositivo processual da prisão preventiva, por ter mais contornos de *norma-princípio* do que de *norma-regra* conduziria a distinta compreensão, com distintos efeitos, em particular em relação à colisão ou aparente colisão anunciada no título do artigo. O artigo aponta na direção da necessidade da *crítica intradogmática* já alcançada na teoria do direito, em particular na teoria da norma, mas carente de efetividade na específica esfera apontada pelo autor em seu texto.

11. No artigo *O reconhecimento dos direitos culturais por uma perspectiva analítica da relação indivíduo x sociedade x cultura nas obras de Norbert Elias, Sigmund Freud e Michel de Certeau*, Marcella Souza Carvalho investiga a *participação social na consolidação de direitos para a promoção de políticas e diversidade culturais*. A premissa da qual parte consiste no reconhecimento da diversidade cultural do país, advinda da mistura de povos e etnias. O objetivo da reflexão se dirige à necessidade de compreender a área da cultura vinculada à dialética indivíduo-sociedade, pois o exercício e a garantias dos *direitos culturais* consiste nessa práxis de preservação da diversidade cultural e da valorização de todas as formas de saberes. Dados

estatísticos apresentados pretendem evidenciar uma situação de *negatividade* na ordem da vida individual ou social dos direitos e da diversidade cultural. Negatividade que a autora avalia como de afronta aos *direitos culturais*. Na reflexão recepciona a perspectiva de análise dos pensadores anunciados no título do artigo. De Sigmund Freud e Norbert Elias aproveita os estudos da *relação sujeito e cultura*. Aproveita a similaridade, na medida em que para Elias o processo civilizador transmite ao indivíduo normas e regras sociais que atuam sobre o sujeito em suas funções corporais, e em Freud a imbricação com a cultura é operada pelo corpo do indivíduo. Considerando essa tese de fundo, desenvolve conceitos de ambos para evidenciar o entrelaçamento dialético de cultura, sociedade e indivíduo. De Michel de Certeau empresta a reflexão em torno da dimensão simbólica que o tema requer, em especial no que diz respeito ao estudo das culturas populares.

12. O artigo de Gustavo Dalpupo de Lara, Maria Fernanda Battaglin Loureiro e Eduardo Xavier Costa Andrade *Enrique Dussel e Friedrich Nietzsche: seria a Ética da Libertação incompatível com a Vontade de Potência?* investiga uma das mediações – a *dialética do pulsional* – como necessária ao *momento da crítica material*, em particular no que se refere à recepção do conceito nietzschiano de *vontade de potência*. O objetivo de verticalizar tal relação alcança êxito, e nessa condição contribui para complementar a pretensão dusseliana. O tema ganha destaque neste estudo no pressuposto de que a *filosofia da libertação* de Enrique Dussel ao estabelecer como ponto originário a *necessidade da produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em comunidade*, isto é, seu modo de ser como realidade, vida afirmada e vida negada, tem em seu *momento da crítica material* a dimensão da vida pulsional em jogo. O artigo é conduzido até o fim mantendo aberta a tensão entre os dois filósofos quanto ao ponto específico tratado – encontros e desencontros – com a finalidade de ressaltar o sentido ético-político da recepção categorial feita por Dussel. Outra relevância a ser apontada no artigo diz respeito ao cuidado que se

deve ter na avaliação das recepções filosóficas em uso de projeto próprio. No caso, limita-se particularmente à determinada categoria e não à filosofia como um todo, no que o artigo foi prudencial.

Em síntese, são esses os autores e autoras, temas e conteúdos reunidos no livro, fotográfica e fragmentariamente aqui apresentados.

Ainda não acredita?

Acreditando ou não, só há um jeito, nos muitos jeitos: à leitura!

A biopolítica em Roberto Esposito: imunidade e comunidade

Barbara das Neves¹

Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon²

1 Introdução

Roberto Esposito, professor de história italiano, é, sem dúvida, um dos maiores nomes na análise da chamada biopolítica da atualidade. Ainda pouco abordado no Brasil, mas com uma crescente divulgação do seu trabalho, por exemplo, com a recente tradução de “Termos de Política”, dedicou-se a análise e desenvolvimento das ideias de Michel Foucault sobre esta norma de poder da vida.

O autor procura dialogar com outros filósofos italianos igualmente relevantes para a compreensão da biopolítica, como Agamben e Antonio Negri sem, no entanto, adotar apenas um dos posicionamentos.

Esposito tenta explicar a razão de uma biopolítica atingir contornos tão negativos ao ponto de traduzir-se na morte da própria vida. O atentado de 11 de setembro e a experiência nazista

¹ Mestranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Unicuritiba e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Paraná. Advogada e Professora no Estado do Paraná. Contato: barbaradasneves@gmail.com.

² Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná - Prêmio Professor Teixeira de Freitas. Oficial Delegada e Conciliadora Voluntária no Estado do Paraná. Contato: amandagbenvenuti@gmail.com.

são exemplos de tópicos trabalhados pelo autor e que demonstram esta visão negativa presente na nova forma de poder.

A partir deste ponto passa a analisar de que maneira seria possível conceber uma filosofia da biopolítica da vida, e não sobre a vida.

Com o objetivo de resolver o enigma da biopolítica, Esposito discorre sobre o paradigma imunitário, por meio do qual seria possível identificar a proteção negativa da vida.

2 Biopolítica e o pensamento italiano

O conceito de biopolítica atraiu significativo interesse na filosofia política e foi utilizado para descrever aquilo que surgiu como a fusão entre biologia e política, com a transformação do modo como a própria política é entendida e teorizada.

Os argumentos de Esposito, especialmente aqueles descritos em BIOS, decorrem da obra de Michel Foucault, particularmente seus seminários de 1975 e 1976 sobre biopolítica e racismo.

Isto porque Foucault, a despeito de não ter utilizado o termo “biopolítica”, já havia iniciado a análise sobre a transformação do poder disciplinar para a sociedade de controle.

De maneira bastante simplificada, as instituições disciplinares objetivam o controle temporal da vida dos indivíduos, dos seus corpos, da criação de um poder econômico, político, judiciário e epistemológico, por meio de micropoderes dentro dessas instituições (FOUCAULT, 2002, p. 116).

No entanto, existe uma outra espécie de poder, baseado na espécie, não mais voltado para processos de controle dos indivíduos, mas sim dos processos biológicos, com base no ser vivo e não indivíduo.

Como biopolítica, Foucault compreende a “tomada do poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar estatização do biológico” (FOUCAULT, 1999, p. 286).

Trata-se da busca em assimilar a biometria como um método de identificação que decorre da redução dos indivíduos aos seus dados biológicos e comportamentais, de modo a torná-los de fácil acesso no contexto das sociedades de controle (SIBILIA, 2015, p. 37) - um poder em rede.

O novo poder se preocupa com temas como o nascimento, morte e doenças e poderia conviver com o poder disciplinar, já que não estão no mesmo nível (FOUCAULT, 2002, p. 299-302).

Surgem daí preocupações como vacinação em massa e higienização pública. Neste sentido Gilles Deleuze, em explicação bastante didática sobre os diferentes tipos de poder, indica que na sociedade disciplinar os indivíduos são reconhecidos por uma assinatura, de modo que possuem uma espécie de matrícula para serem localizados num conjunto de indivíduos; já na sociedade denominada pelo autor de “controle” a identificação se daria por meio da linguagem numérica, constituída por cifras que permitem o acesso ou a rejeição à determinada informação (DELEUZE, 2008, p. 216).

Pelo exposto, a biopolítica (apesar do termo ainda não cunhado por Foucault) seria uma outra denominação para indicar a tecnologia política do biopoder, distinta do mecanismo disciplinar do século XVIII.

A nova forma de poder visa assumir o controle da vida e dos processos biológicos do homem como espécie. Este novo aparato incluiria técnicas de previsões, de estatísticas, de medidas globais como mecanismos de segurança em torno de toda a população de seres viventes. Eis que aparece um poder que consiste em fazer viver ou deixar morrer.

Nessa perspectiva de leitura da biopolítica, após Foucault, vários são os autores relevantes que desenvolvem o tema, mas certamente são os autores italianos que mais têm se destacado. Especialmente, Agamben, Negri e o próprio Esposito, que se aproximam em limitar o elemento de causalidade nos processos biológicos de vida e morte.

Em “Homo Sacer”, “O que resta de Auschwitz” e em “O aberto”, Agamben teria analisado a biopolítica sob uma perspectiva negativa, baseada no estado de exceção, com a separação da vida nua (zoé) das formas de vida qualificada – bios (ESPOSITO, 2017, p.10).

O filósofo defende a preponderância da zoé (portanto passível de morte) para a produção do corpo político e com a exclusão do poder soberano daqueles que parecem nada mais do que seres viventes.

Ou seja, em Agamben a declinação do combate entre vida nua e qualificada se resolvia em razão na sobreposição que o soberano colocava sobre a vida, de modo a torná-la nua para o exercício da soberania.

O resultado seria uma política potencialmente sempre em ruínas ou conjugada a uma biopolítica negativa.

Contrariamente, Antonio Negri, em o “Império”, juntamente com Hardt, identificam um lado positivo da biopolítica. Os autores passam a ler a biopolítica, de maneira afirmativa, como categoria social à forma democrática de soberania.

Em resumo, com base na oposição dos dois filósofos, ou a vida parece presa, como se aprisionada estivesse por um poder destinado a reduzi-la a mera matéria biológica, ou é a política que corre o risco de ser dissolvida no ritmo de uma vida capaz de reproduzir-se sem interrupções.

No primeiro caso, o regime biopolítico tende a não se afastar do regime soberano, do qual parece constituir uma marca interna; no segundo caso, emancipa-se dele a ponto de perder qualquer contato com a própria genealogia.

Esposito está localizado entre estas duas polaridades, de modo que a obra BIOS poderia ser lida, apesar de possuir uma autonomia conceitual, entre o cruzamento semântico das posições de Agamben e Negri.

Para Esposito, a biopolítica se “refere à implicação cada vez mais intensa e direta que se estabelece a partir de certa fase que se pode situar na segunda modernidade, entre as dinâmicas políticas

e a vida humana entendida em sua dimensão especificamente biológica”. (ESPOSITO, 2006, p.07).

Esposito dialoga com Agamben na interpretação sobre a biopolítica nazista e ainda quando discorre sobre a tanatopolítica (expressão mais negativa da imunização e que será detalhada a seguir).

Para Esposito não seria errado apontar uma biopolítica afirmativa, mas não antes de ter verificado os aspectos negativos do arcabouço imunitário. Ou seja, a principal crítica de Esposito em Negri e Hardt seria a remoção do aspecto negativo da biopolítica moderna. Isso porque, ao contrário da perspectiva essencialmente afirmativa, a lógica de Esposito é a de que não há uma lei comum que possa simplesmente unir os membros de uma comunidade, ou seja, discorda da ideia de que a multidão possa sobressair sobre a tendência imunitária.

Esposito busca explorar os limites da visão foucaultiana, na medida em que esta não teria conseguido fornecer uma análise completa ao chamado enigma da biopolítica, isto é, por qual motivo a biopolítica, que tem como fim a proteção da vida e a promoção da subjetividade, acaba por produzir a morte – de que o nazismo é o grande exemplo histórico. Ou seja, por que a biopolítica ameaça continuamente se reverter em tanatopolítica?

A tendência é que poder e vida tendam a se constituir de forma alternativa: ou o poder nega a vida ou aumenta o seu desenvolvimento; ou a violenta e exclui ou a protege e reproduz, ou a objetiva ou subjetiviza.

Esposito entende fornecer uma solução ao enigma da biopolítica com o “paradigma da imunização”, semelhante a dinâmica do sistema imunológico de um organismo. Constituiu-se exatamente na tangência entre a esfera da vida e da política. Trata-se de um conceito com capacidade semântica de equacionar e correlacionar não só a vida e o direito, mas o poder de conservação da vida.

3 Comunidade e imunidade

Talvez uma das grandes referências a Esposito seja a sua definição de imunidade para a explicação da biopolítica. Porém, para a compreensão deste fenômeno, antes é preciso compreender a sua percepção sobre a comunidade.

Em BIOS, Esposito tenta descobrir na relação entre comunidade e imunidade uma espécie de mecanismo subjacente ao processo biopolítico.

Inicialmente, ao contrário da antiga ideia de comunidade como uma identidade comum (seres proprietários do seu comum), em Esposito a origem da palavra é vinculada especialmente ao termo *munus*, que lhe dá o significado de uma obrigação de dar, um dever como um encargo para alguém. Tal débito é uma forma mais intensa de dom, “marcada não pela possibilidade de se dar, mas pela obrigatoriedade de se dar” (NALLI, 2013, p. 84), restando ameaçada a identidade individual.

Ou seja, “uma vez que alguém tenha aceitado o *munus*, está obrigado (onus) de retribuí-lo, seja em termos de bens ou em termos de serviços (*officium*)” (ESPOSITO, 2012, p.27).

Por esse motivo, Esposito sustenta a tese de que o núcleo fundamental de toda a vida e organização da comunidade é uma impropriedade: não há, na comunidade, uma comunhão por identificação, pois os indivíduos não se reconhecem como semelhantes, mas como coobrigados ao ônus do tributo devido.

Opera-se a cumplicidade pela ausência, sendo que se há algo de comum entre os indivíduos reunidos e ligados entre si pela comunidade, é essa obrigatoriedade, o dever de dar.

Se a comunidade é algo na qual nascemos e para a qual devemos sempre, a sociedade moderna individualista se constitui na tentativa de imunização. Trata-se justamente do mecanismo que liga a semântica da comunidade à biopolítica e que torna os dois conceitos, de comunidade e imunidade, inseparáveis.

Afinal de contas, ao mesmo tempo que protege a comunidade daquilo que lhe é externo, a imunidade é aquilo que também a nega.

Importante destacar que a imunidade goza de uma longa e conhecida história na recente reflexão crítica. Campbell (ESPOSITO, 2017, p.15) cita o caso de Niklas Luhmann, por exemplo, que em seu livro de 1984 identificou a imunidade na teoria dos sistemas, assim como Donna Haraway elaborou um discurso sobre o sistema imunitário para interpretação dos corpos pós-modernos.

Outros autores teriam continuado a discussão sobre imunidade durante os anos noventa, mas nenhum teria se situado no centro da política contemporânea como Jacques Derrida (BORRADORI, 2004, p. 96) em uma série de escritos e entrevistas sobre os eventos do 11 de setembro de 2001.

No entanto, a novidade em Esposito reside, especialmente, em fornecer a primeira elaboração sistemática do paradigma imunitário e demonstrar a relação entre imunidade e comunidade. A função da imunização diante da comunidade é a de possibilitar a dispensa da obrigatoriedade que a comunidade impõe a todos os seus membros. Imune seria aquele que é dispensado pela regra de doação recíproca.

Enquanto a comunidade refere-se a algo geral e aberto, a imunidade seria o “não ser” ou “não ter” nada em comum.

Isso é evidente na perspectiva jurídica, segundo a qual é dotado de imunidade – parlamentar ou diplomática – quem não é sujeito a uma jurisdição que concerne a todos os outros cidadãos, por derrogação da lei comum.

A analogia é igualmente reconhecível na acepção médica e biológica do termo, segundo a qual a imunização, natural ou induzida, implica a capacidade por parte do organismo de resistir, graças aos seus anticorpos, a uma infecção causada por um vírus externo.

Assim, pode-se concluir que se a comunidade determina a ruptura das barreiras de proteção da identidade individual, a

imunidade constitui o modo de reconstruí-las de forma defensiva e ofensiva contra qualquer elemento externo capaz de ameaçá-la. É nessa primeira acepção que reside a ideia de que a função primeira do sistema imunitário é a de proteção da vida.

No entanto, a imunidade não é só a relação que conecta a vida ao poder, mas, pela categoria de imunização, podem-se articular dois efeitos antinômicos: o poder positivo de conservação da vida e um poder negativo, de destruição. Daí a razão para denominar a imunização como uma proteção negativa da vida. Neste sentido:

Isso significa que a negação não é a forma da sujeição violenta que de fora o poder impõe à vida, mas o modo intrinsecamente antinômico em que a vida se conserva através do poder. Desse ponto de vista, pode-se muito bem dizer que a imunização é uma proteção negativa da vida (ESPOSITO, 2010, p. 74).

Pela categoria de “imunização”, o que salvaguarda o corpo, individual, social, político, é o que ao mesmo tempo impede o seu desenvolvimento. Ou seja, a imunização seria a proteção da comunidade por meio da relação com elementos negativos, de modo a impedir que a comunidade se exceda no *munus*. No entanto, é ao mesmo tempo o que nega a própria comunidade que, caso seja em sua vertente exagerada, pode resultar no desequilíbrio, que, levado além de um certo limite, ameaça destruí-la.

4 Imunidade e modernidade

Indo adiante, Esposito interpreta a imunidade como uma categoria histórica conectada à modernidade. Isto porque nenhuma sociedade poderia existir sem um aparelho defensivo capaz de a proteger (como a política agrária da Roma antiga e o uso dos corpos dos escravos no antigo império). Mas o que seria diferente é a consciência dessa exigência e a resposta que dela nasce – imunização.

Esposito tende principalmente, em BIOS, a situar a origem moderna da biopolítica nas perspectivas imunitárias das categorias de soberania, de propriedade e de liberdade, que emergem dos escritos de Hobbes e de Locke.

Especificamente quanto à categoria de soberania, o que poderia ser visto com um forte indício da superação do modelo soberano pelo biopolítico, deve ser encarado como uma remodelação do princípio de soberania à luz do paradigma imunitário.

Campbell (ESPOSITO, 2017, p.20-21), partindo da análise no BIOS, explica que a modernidade emerge quando se torna possível teorizar uma relação entre o munus, associado ao estado hobbesiano de conflito generalizado, e a instituição de um poder soberano apto a proteger/imunizar a comunidade dos seus efeitos dissolutivos.

O soberano seria aquele que imuniza a comunidade do próprio excesso comunitário, ou seja, do desejo de cada um adquirir os bens de outro e da violência implícita nesta intenção. Quando os indivíduos se submetem ao poder soberano, e se dão conta de não poder suportar as ameaças que a comunidade inflige em si mesma, então se operaria a imunização através da categoria da soberania.

O sujeito moderno, que desfruta de direitos civis e políticos, constitui exatamente este ser analisado por Esposito que procura com a imunidade obter proteção contra o contágio vinculado à comunidade. Por esta razão, o paradigma imunitário de Esposito pode ser tanto natural, como organismos que o indivíduo possui internamente, ou de maneira artificial, exatamente pelo papel da soberania.

Eis o ponto decisivo do paradigma imunitário. Para ser conservada, a vida tem de renunciar a qualquer coisa que faz parte integrante da sua potência expansiva de vontade de todas as coisas e que põe em risco retaliação mortal. Este perigo é abolido pela individualização artificial constituída pelo dispositivo soberano.

Assim, Esposito acredita que o paradigma imunitário seria o único modo de reestabelecer a relação entre biopolítica e

modernidade. O que resulta daí é o nexos necessário entre a conservação da vida e a possibilidade de tirá-la por parte daquele que está obrigado a assegurá-la – direito de vida e morte na prerrogativa soberana (ESPOSITO, 2006, p. 10).

5 Soberania

Explicitando as categorias modernas utilizadas para o desenvolvimento do paradigma imunitário, Roberto Esposito explica que a soberania é a primeira e mais influente figura imunitária que o regime biopolítico assume. Isso, pois, fornece potente resposta à questão moderna da autoconservação da vida, elevada pela teoria hobbesiana ao status de predominante na esfera da política.

O filósofo italiano observa que, neste contexto, o argumento de Hobbes constrói-se no sentido de que a autoconservação da vida é ameaçada pelo impulso natural oposto de aquisição de tudo. Quanto mais se busca conservar a vida, mais se deseja adquirir tudo, situação esta que desemboca em um conflito generalizado que ameaça a própria vida. É nesta linha que a teoria hobbesiana determina, conforme notado por Esposito, que a vida, voltada a se autoperpetuar, não está em condições de fazê-lo autonomamente, dependendo de um aparelho mais complexo. Para Esposito é neste ponto que entra em ação o mecanismo imunitário:

A vida humana, se for abandonada às suas forças internas, às suas dinâmicas naturais, está destinada a autodestruir-se porque transporta dentro de si própria alguma coisa que a põe inelutavelmente em contradição consigo mesma. Por isso, para poder salvar-se, precisa de sair de si própria e constituir um ponto de transcendência de que receba ordem e proteção (ESPOSITO, 2010, p. 90-91).

Verifica-se, portanto, que a teoria moderna de Hobbes centra-se em uma construção essencialmente imunitária na

medida em que, visando-se a conservar a vida, cria-se um dispositivo antinômico que lhe nega sua potência expansiva. O sistema imunitário natural é substituído por uma imunidade artificial que, ao mesmo tempo, conserva e nega a vida, contendo forçosamente a sua intensidade originária. Este artifício imunitário ou, até mesmo, meta-imunitário, “destinado a proteger de uma proteção ineficaz e até perigosa, é justamente a soberania” (ESPOSITO, 2010, p. 92), que se liga aos sujeitos a que se dirige por uma relação constitutivamente aporética e negativa.

Aporética na medida em que, ao mesmo tempo em que os sujeitos a que se dirige são os seus sujeitos, porque a estabeleceram livremente por meio de um contrato; estão-lhe sujeitos, já que, após a sua instituição, não podem oferecer-lhe resistência, pois estariam resistindo a si próprios. Ou seja, "exatamente porque são sujeitos dela, estão-lhe também sujeitos" (ESPOSITO, 2010, p. 92). Negativa, pois, como uma transcendência imanente, foge do controle daqueles que livremente a originaram. Estruturalmente contraditória, a figura do representante, ou seja, do soberano, é idêntica e diversa daqueles que representa, porque ainda que em seu lugar, situa-se fora de seus alcances; ainda que por eles posta, inatingível no tempo, porque seu próprio pressuposto lógico.

Para Esposito, a imunização do sujeito moderno fixa-se justamente nesta troca entre causa e efeito, em que o sujeito pode pressupor-se porque há uma pressuposição que lhe é anterior. Sujeito e soberano, bem como individualismo e absolutismo, imbricam-se, evidenciando o caráter imunitário de todo o contexto:

Ora é exatamente essa comunidade – o perigo que dela deriva para a vida de todos e de cada um – que é abolida mediante a individualização artificial constituída justamente pelo dispositivo soberano. [...] A soberania é o não ser em comum dos indivíduos. A forma política de sua dissociação (CAMPBELL, 2017, p. 94).

Nota-se, portanto, toda a potência negativa da *immunitas* que, sob o pretexto de conservar a vida, privatiza-a e a priva do

comum. O sujeito da soberania e a ela sujeitado, em razão da natureza imunitária do dispositivo, une-se a si próprio e se separa de todos os outros, tornando-se indiviso, ou seja, indivíduo, protegido mais pelo negativo de relação do que pelo poder positivo do soberano.

Neste diapasão, tem-se que, na perspectiva imunitária de Esposito, a modernidade emerge justamente quando se torna possível teorizar uma relação entre o *munus* comum, presente no estado hobbesiano de conflito generalizado, e a instituição de um poder soberano capaz de proteger, ou seja, de imunizar a comunidade do seu próprio excesso comunitário decorrente da intenção de cada um de adquirir os bens do outro, ainda que violentamente. Em síntese:

Quando os membros individuais se submetem ao poder soberano – quando se dão conta de não poder mais suportar as infinitas ameaças que a comunidade inflige sobre si mesma – estão podendo dizer que ela está definitivamente imunizada através do dispositivo soberano. [...] deve-se concluir que a imunização não precede nem segue a sua instauração, mas aparece simultaneamente a ela como a sua íntima essência (CAMPBELL, 2017, p. 21).

Acresce-se, ainda, que Roberto Esposito não deixa passar despercebida a questão de um resquício de "violência não mediável através do dispositivo imunitário porque é produzida por ele mesmo (na medida em que) a neutralização do conflito não comporta de fato a sua eliminação – antes a sua integração no organismo imunizado como antígeno" (ESPOSITO, 2010, p. 94-95). Verifica que o mesmo se dá em relação à proteção assegurada pelo soberano que, visando a reduzir o medo de cada qual em relação aos outros, tem, em si, essência de medo.

No paradigma moderno a vida é mantida "por um sacrifício contínuo gerido pelo medo, bloqueando todas as ameaças às vidas particulares a custo de cada uma se sujeitar a um poder soberano

absoluto” (DREZZADORE, 2014, p. 19). Na figura soberana, encerra-se não só a conservação da vida, como também a possibilidade de tira-la, dada a incontestável prerrogativa soberana de ter direito de vida e de morte. A teoria moderna da soberania é marcada por um paradoxo que se assenta na crise de um modelo de poder “em que vida e poder não são pensados como originariamente separados e sucessivamente unidos, mas como as duas componentes de um único nó que assume sentido unicamente a partir da relação entre elas” (DREZZADORE, 2014, p. 1).

Nota-se, portanto, que o filósofo italiano completa seu raciocínio, afirmando que todo o paradoxo exposto se baseia na identificação dos indivíduos com o soberano que os representa por vontade deles, de maneira que cada indivíduo é também autor dos atos do soberano de maneira que não pode a ele se opor sem que se oponha a si próprio. Na análise de Roberto Esposito, “é justamente esta sobreposição entre opostos que vem reinsserir a voz da morte no discurso da vida” (ESPOSITO, 2010, p. 95).

A antinomia exposta, constitutiva da imunização soberana, funda-se na normalização da excepcional coincidência entre conservação e sacrifício da vida. Destarte, Roberto Esposito conclui que se tem aí o resto de violência não mediável; vale dizer, o ponto em que o negativo, no empenho de sua função imunitária conservadora, transborda os seus limites e se volta, justamente, contra a vida, em uma violência que não se pode conter.

6 Propriedade

Na filosofia de Roberto Esposito a dialética negativa, exposta em relação à soberania, invade todas as categorias político-jurídicas da modernidade em razão de sua declinação imunitária (ESPOSITO, 2010, p. 95). Invade, pronunciadamente, a categoria da propriedade haja vista a contraposição entre comum e próprio que, sendo por definição não comum, é sempre imune.

Para além disso, tem-se que a categoria em questão “indica uma intensificação qualitativa de toda a lógica imunitária” (ESPOSITO, 2010, p. 97), uma vez em que, diferentemente da imunização soberana, transcendente, mantém-se aderida e interior às fronteiras do corpo. Nesta medida, o dispositivo protetor, concentrado na soberania, com a propriedade, multiplica-se por todos os indivíduos singulares.

No entendimento de Roberto Esposito, no centro desta passagem conceitual – do transcendente e concentrado para o imanentizado e múltiplo – está a obra de John Locke, na qual, como na de Thomas Hobbes, o que está em jogo é a conservação da vida. Isso, pois, embora posta como o primeiro e mais forte instinto do homem, é sempre condicionada à res própria de que decorre e que, ao mesmo tempo, reforça. Cada termo – propriedade e autopreservação – é pressuposto necessário do outro.

Ademais, entende que, na perspectiva lockeana, “a vida é ao mesmo tempo interior e exterior à propriedade” (ESPOSITO, 2010, p. 98). Do ponto de vista do ter, a vida, como parte dos bens que cada qual tem, mostra-se interior. Não obstante, do ponto de vista do ser, como o todo do sujeito, sendo a propriedade parte da vida do sujeito, mostra-se exterior.

Insta salientar que a doutrina de Roberto Esposito utiliza John Locke como marco no que tange à categoria da propriedade especialmente em razão do questionamento a partir do qual este último desenvolve seu pensamento: num mundo que nos é dado em comum, como surge o próprio? A resposta de Locke traz, no entendimento de Esposito, uma inclinação biopolítica uma vez em que a exclusão do outro – com a propriedade – só pode se dar numa perspectiva corpórea.

Para John Locke o corpo tem por extensão o trabalho que, por sua vez, tem por extensão a propriedade. O trabalho liga a propriedade ao corpo num mesmo segmento vital. A propriedade é vital não só porque necessária ao sustento material da vida, e sim

também porque prolongamento direto da vida em forma corpórea (ESPOSITO, 2010, p. 100).

Nota-se que toda essa ideia é marcada, para além da inclinação biopolítica, pela forte presença da lógica imunitária que, para Roberto Esposito, ocupou todo o argumento de Locke na medida em que o risco potencial de um mundo dado em comum é neutralizado pela relação de cada qual consigo mesmo sob a forma da identidade pessoal. É esta relação do homem consigo mesmo, dono de si, que fundamenta a propriedade, transformando o espaço comum em uma “multiplicidade de coisas que de comum só têm o fato de serem todas próprias” (ESPOSITO, 2010, p. 101). As sociedades modernas são imunitárias porque, visando à defesa da vida, injetaram o princípio do próprio “como antídoto biopolítico contra o perigo do outro/algo” (NALLI, 2013, p. 98).

A marca imunitária da categoria moderna propriedade fica ainda mais evidente quando se lembra que *munus* não é propriedade e sim impropriedade. “Em outras palavras, no núcleo da comunidade, o que se instaura e a vivifica como uma comunidade é uma distância, um vazio, apenas transponível pelos indivíduos pela premissa do tributo devido.” (NALLI, 2013, p. 84).

Pode-se dizer, ainda, que a noção de *munus* evidencia a declinação imunitária da propriedade também por ser definida, precisamente, como a negação da subjetividade, da propriedade e da identidade. Assim, “[...] o *munus* leva consigo o carácter de expropriação, de negação: o que a *communitas* partilha não é uma propriedade ou uma pertença. Não é um ter, mas, pelo contrário, uma dívida, um compromisso, um dom-para-fazer” (DREZZADORE, 2014, p. 19).

No entendimento de Roberto Esposito, o processo imunitário da propriedade lockeana traz consigo a contradição existente na complexa relação entre subjetividade e propriedade, estando em jogo a posição de predomínio uma vez em que a distinção entre propriedade e indivíduo, tal como foi fixada por Locke, as coloca em recíproca submissão. Não há coisa apropriada sem sujeito

“apropriante”, mas também não há sujeito “apropriante” sem coisa apropriada; é a propriedade privada extensão da identidade subjetiva, mas ao se incorporar no próprio homem, torna-se este, ele mesmo, possuído pela propriedade.

Para o filósofo, o ponto de passagem entre a perspectiva do sujeito dominando a coisa para a perspectiva da coisa dominando o sujeito situa-se, justamente, “no caráter privado da apropriação (que exclui) toda a comunidade dos não proprietários” (ESPOSITO, 2010, p. 102). Vê-se que o negativo começa a prevalecer nitidamente sobre o positivo, pois é próprio o que não é comum. Este negativo dá-se tanto no sentido passivo indicado – subtrai de qualquer outro o direito de apropriar a coisa, quanto num sentido ativo, na medida em que “a ampliação progressiva da propriedade de uns determina o progressivo decréscimo dos bens à disposição dos outros” (ESPOSITO, 2010, 103).

Ademais, entende que, embora Locke tenha estabelecido um duplo limite ao aumento da propriedade – deixar o necessário aos outros e só se apropriar do que consumirá, admite-o inoperante em relação ao dinheiro, que rompe o nexo entre propriedade e trabalho e, conseqüentemente, entre propriedade e corpo, levando à sua desmaterialização.

Deste cenário surge um novo modelo em que só é definitivamente próprio “aquilo que pode estar longe do corpo de quem juridicamente o possui” (BIOS, 2010, 104). Segundo Esposito, é esta distância a condição da duração da posse por um tempo que vai além do da vida pessoal que estava destinada a conservar. A personificação da coisa leva à reificação da pessoa, absorvida pela potência autônoma da coisa.

Nesta linha, tem-se que na filosofia imunitária de Roberto Esposito, no que tange ao paradigma proprietário, assim como no caso da imunização soberana, o procedimento imunitário “só consegue conservar a vida encerrando-a numa órbita destinada a secar o seu princípio vital. Tal como era destituído do poder soberano que ele mesmo instituíra, agora, o indivíduo proprietário

aparece expropriado pela sua própria potência apropriativa” (BIOS, 2010, 105).

Resta demonstrada, portanto, a forte declinação biopolítica imunitária da categoria político-jurídica moderna propriedade. A inserção do princípio do próprio, visando a imunizar o sujeito e lhe conservar a vida, ganha tamanha dimensão que, em uma dialética negativa, ocupa-o todo, expropriando-o, transformando-o em domínio da coisa e, conseqüentemente, ameaçando ainda mais ferozmente o princípio vital.

7 Liberdade

No que tange à categoria da liberdade, faz-se interessante notar que Roberto Esposito preocupa-se em justificar a razão pela qual, mesmo havendo tantas teorizações a respeito, debruça-se sobre o dispositivo. Para o autor, a análise do termo faz-se necessária justamente em razão da “inflação de discursos sobre a liberdade (o que gera) uma dificuldade fundamental para articular seu conceito” (ESPOSITO, 2017, p. 130).

Rumo a um conceito adequado à sua teoria, indica a liberdade como o terceiro invólucro imunitário da modernidade, cuja sorte histórico-conceitual, assim como a da soberania e da propriedade, expressa o processo moderno de imunização, reproduzindo-o e potencializando sua lógica interna. Para o autor, isso se mostra estranho na medida em que o termo carrega sentidos resistentes a qualquer tonalidade defensiva e até mesmo orientados no sentido de uma abertura.

A partir da raiz etimológica do vocábulo, demonstra a restrição semântica pela qual passou haja vista, inicialmente, tal raiz remeter para qualquer coisa relacionada a um crescimento/desabrochar. Assim, o sentido original de liberdade é “potentemente afirmativo – de tipo ao mesmo tempo político, biológico e físico – que remete a uma expansão, a um florescimento, a um crescimento comum ou que acomuna” (ESPOSITO, 2017, p. 132).

Ademais, destaca o fato de a dupla cadeia semântica que descende do vocábulo liberdade – amor e amizade – não só confirmar uma conotação afirmativa como, também, demonstrar uma valência comunitária. Ou seja, resta demonstrado que, em sua origem, liberdade "alude a uma potência conectiva (capaz de gerar uma) dimensão compartilhada" (ESPOSITO, 2017, p. 106).

Todavia, o temor de toda a sua potência cria a necessidade de se estabelecer uma barreira de contenção que dê conta da "extraordinária extensão horizontal da ideia de liberdade-relação" (ESPOSITO, 2017, p. 132). Segundo Esposito, já a juridicização da *libertas* foi uma primeira contração do conceito.

Destaca, no entanto, que a verdadeira contenção se deu com a sua imunização à época medieval. A assunção, pela categoria da liberdade, do caráter de privilégio que dispensa de uma obrigação comum, fez com que "o trânsito de uma noção aberta e afirmativa a uma restrita e negativa – imunizada e imunizadora – (fosse) definitivamente consumado" (ESPOSITO, 2017, 133). Não obstante, é na filosofia política moderna, em que é fortemente vinculada às ideias de segurança e necessidade, que resta evidenciada toda a força do processo geral de imunização da liberdade.

Destarte, imperioso analisar a reconversão negativa que o conceito de liberdade sofre na sua formulação moderna. Tal reconversão faz com que a sua conotação positiva – liberdade de – ceda lugar a uma conotação negativa – liberdade do. Além disso, Roberto Esposito salienta que não só a liberdade negativa, entendida como ausência de interferências, como também a positiva, tida como desejo do indivíduo de ser dono de si próprio e de dependerem suas decisões dele mesmo e não de forças externas, "estão longe da caracterização, ao mesmo tempo afirmativa e relacional, fixada na origem do conceito" (ESPOSITO, 2010, p.107).

Para o autor, não há como se "pensar afirmativamente a liberdade no léxico conceitual moderno do indivíduo, da vontade e do sujeito" (BIOS, 2010, p.107), pois esse conjunto conduz a liberdade para o seu não – não estar à disposição de outros. A

razão desta mudança lexical rumo ao negativo está "na ruptura, implícita no paradigma individualístico, do nexos entre liberdade e alteridade" (BIOS, 2010, p.107).

Tal ruptura encerra a liberdade na relação do sujeito consigo mesmo, sendo livre quando nenhum obstáculo se interpõe entre si e a realização de sua vontade; nenhum obstáculo faz frente à possibilidade de ser ele mesmo e não outro.

Segundo o filósofo italiano, é este o contexto histórico-conceitual que liga a concepção de liberdade como sujeito absolutamente dono de sua vontade às categorias políticas modernas soberania e igualdade. Isso porque "Por um lado, apenas sujeitos livres podem ser igualizados por um soberano que legitimamente os represente. Por outro, tais sujeitos são eles próprios [...] obrigados a obedecer ao soberano porque livres de mandar em si próprios e vice-versa" (BIOS, 2010, p. 108).

Roberto Esposito entende que a reviravolta descrita tem pressuposto e resultado imunitário já que a passagem da liberdade de modo de ser para direito a ter pleno domínio de si em relação aos outros, vincula-se a uma aceção privativa negativa, cada vez mais exclusiva, esvaziando-se a antiga liberdade comum no seu oposto imune, justificada pela ideia de proteção do indivíduo. Nesta medida, alerta para o real sentido da batalha que a modernidade trava contra imunidades individuais e coletivas: não as quer reduzidas e sim intensificadas e generalizadas.

Nota-se que, conforme já posto, que a generalização do paradigma imunitário transfere o centro semântico da noção de liberdade de privilégio para segurança. Nesta perspectiva, a liberdade – moderna – passa a se desenhar como garantia de qualquer indivíduo frente a ingerências alheias por meio da sua subordinação a uma ordem mais poderosa que o protege.

Para Esposito, é neste ponto que liberdade estabelece uma relação antinômica com necessidade, transformando-se em seu contrário. Não obstante, ressalta que a teorização moderna – a exemplo das teorias de Maquiavel e Hobbes – nega tal antinomia,

abordando a noção de constrição como consequência direta da liberdade. Assim deve ser interpretada a célebre expressão segundo a qual mesmo acorrentado o sujeito é livre – não apesar mas em razão disso: como efeito autodissolvente de uma liberdade cada vez mais colocada à sua crua função auto-seguradora” (BIOS, 2010, p. 109).

É nesta linha que o filósofo italiano observa que toda a construção teórica da modernidade, incluída aí a exposta concepção lockeana de propriedade, ao correlacionar a liberdade às noções de necessidade, vida e conservação, enclausura-a em uma lógica estreitamente imunitária.

Mais do que isso, conclui que seu redimensionamento semântico em torno do imperativo segurança, com os escritos de Motesquieu e, especialmente, de Jeremy Bentham, acaba por fazer com que, assim como ocorreu com a propriedade e a conservação da vida, reduza-se até com ele coincidir. Para Esposito, é a exigência de segurança que liga a expressão da liberdade – exposição – à negação da liberdade – imposição, vinculando-a fortemente, portanto, ao “seu oposto lógico, ou seja, à coerção” (ESPOSITO, 2010, p. 111).

Visando a reforçar sua percepção, Roberto Esposito demonstra que já Michael Foucault, Hannah Arendt e Louis Dumont tinham notado a forte presença da lógica biopolítica na concepção moderna de liberdade, a qual fez a ideia inicial de indivíduo sucumbir à totalidade do Estado, ou seja, ao primado do todo sobre as partes.

Na linha posta tem-se que, para Esposito, o único modo de revitalizar a liberdade é reconectá-la ao seu sentido primário ligado à comunidade, ou seja, à potência agregadora de uma raiz comum. O modo como isso se daria partiria do entendimento da comunidade como o local da pluralidade, da diferença e da alteridade.

8 Imunidade e autoimunidade

Ainda que afirme ser a imunização uma característica da sociedade moderna e da globalização, ESPOSITO também discorre sobre os riscos de uma crise autoimunitária mundial e os efeitos perversos deste fenômeno.

O autor, ao contrário de DERRIDA, não acredita que o processo de imunização possui uma tendência suicida autoimune no corpo da comunidade. No entanto, admite existirem aspectos negativos vinculados à perspectiva excessiva imunitária.

Trata-se da circunstância em que o sistema imunitário do corpo torna-se tão forte ao ponto de voltar-se contra si mesmo, causando a morte do próprio corpo.

Exemplificando no aspecto político, seria a hipótese em que as barreiras de proteção contra o mundo exterior começam a se tornar um risco maior que aquele que se tentava evitar.

Ou seja, o risco imposto à sociedade de um excessivo pedido de proteção, que, em alguns casos, tende a produzir uma impressão de perigo, real ou imaginário, com o único fim de avançar com meios de defesa preventivos cada vez mais potentes, como no exemplo da autodestruição caracterizada como um sacrifício e a autoimunidade global após o 11 de setembro.

Outro exemplo seria a subtração de uma democracia em função da possibilidade da própria realização e associação da política externa americana ao suicídio autoimunitário. Assim, a tanatopolítica seria perceptível quando a tendência imunitária entrecruza a perspectiva do nacionalismo e racismo.

O nazismo teria sido a expressão máxima da tanatopolítica no qual a vida do povo alemão foi posta como maior importância ao ponto de se permitir sacrificar qualquer outro povo que pudesse contaminá-la internamente.

Trata-se, então, de perceber que as atuais estratégias de proteção contra situações de vulnerabilidade, ainda que não sejam formas de extermínio (como no exemplo nazista), são antes

estratégias imunitárias, não de proteção dos indivíduos e subgrupos considerados vulneráveis, mas da identificação destes como potencialmente causadores de uma desagregação comunitária.

Assim, cada um “está obrigado a procurar a morte de qualquer outro e, ao final, se a situação exige, como no momento da derrota final, também a procurar sua própria morte”, de modo que a relação entre a produção da morte e defesa da vida atingem um ponto de completa indistinção (ESPOSITO, 2006, p.14).

Em outras palavras, se para as vítimas o número de mortos significou um genocídio, sob a perspectiva dos nazistas o extermínio foi compreendido como uma desinfecção do povo alemão (ESPOSITO, 2010, p. 168). Os nazistas não consideravam a produção da morte como assassinato, pois a infecção de outras raças já significa a própria morte.

Portanto, tais ações, mais do que proteger os vulneráveis, têm como fim proteger toda a sociedade e toda comunidade moderna. É nesse horizonte que Esposito explica “o enigma da biopolítica”, ou seja, esta reação com contornos tanatopolíticos.

Por exemplo, na experiência nazista não só de proteção contra alvos externos se valeu a imunidade, mas também em seu contorno mais grave a própria ameaça da raça ariana em certo momento (com o telegrama de Hitler objetivando a destruição dos próprios recursos alemães).

Outros grandes exemplos da mais profunda expressão tanatopolítica na atualidade são as últimas guerras (no Iraque, Afeganistão e, atualmente, na Síria), nas quais intervenções e apoios foram realizados sob o pretexto dos direitos humanos ou da proteção do próprio povo, quando na verdade as medidas eram tomadas em caráter puramente militar e econômico.

A guerra civil na Síria recebeu apoio justamente em razão de argumentos humanitários quando na verdade é a própria população que está sendo atacada com tais pressupostos (Cries from Syria, 2017).

Em outras palavras, o que Esposito pretende demonstrar é que o pretexto da proteção da vida pode ser utilizado como fator para o próprio extermínio do que se pretende justificar a medida. Para tanto, é preciso compreender os mecanismos do risco à proteção da vida para identificar formas de proteção adequadas.

Trata-se do paradigma imunitário, em que a imunização, que é a proteção da vida, também é aquilo que é contrapartida para a morte dos que não estão protegidos.

No entanto, são as próprias ferramentas e estratégias imunitárias que dão as primeiras pistas para entender e, portanto, resolver este enigma. Ou seja, somente após a compreensão do modo como as mais influentes categorias políticas modernas agem para imunizar o corpo coletivo é que seria possível dirigir o correto olhar à biopolítica afirmativa.

Trata-se de conceber o organismo como um sistema defensivo-preventivo retroalimentado, que tem como fim coibir e impedir qualquer ameaça futura. A proteção da vida e da subjetividade, nesse caso, reside não em uma proteção destas de toda e quaisquer ameaça, mas, ao contrário, em seu fortalecimento defensivo a partir de uma exposição controlada àquilo que a nega e ameaça.

9 O paradigma imunitário em Esposito

Conforme visto, a imunidade consiste em uma forma de ativar os meios de defesa de determinado organismo ao receber a infecção na comunidade. Com o reconhecimento deste indivíduo estranho, a comunidade poderia identificar e destruir qualquer ameaça que siga um padrão similar.

Inicialmente, estuda-se completamente o elemento estranho ao recebê-lo pela comunidade e depois se adota os procedimentos imunitários para este objeto estranho. Ou seja, mais do que proteger tais indivíduos em situação de vulnerabilidade, a

identificação destes grupos tem por fim proteger a própria comunidade moderna.

ESPOSITO explica que o mecanismo da imunidade se estendeu a todos os setores da vida, sendo expressão máxima da lógica contemporânea, como na perspectiva médica e as vacinas, até na informática com o vírus que infecta o sistema.

Diante desta perspectiva, o autor esclarece que a autoproteção, ou seja, a imunização preventiva é típica da globalização, pois o “contato, a relação, o estar em comum, parece imediatamente esmagado sob o risco da contaminação” (ESPOSITO, 2017, p.141).

No entanto, aquilo que protege o corpo é também o que pode prejudicá-lo, a ponto de destruí-lo. Ou seja, aquilo que protege a vida também pode legitimar vidas descartáveis. Por exemplo, na sistemática da vacina médica, o que é injetado ao organismo do indivíduo é parcela do que pode destruí-lo, como, de fato, ocorre em algumas reações alérgicas e complicações.

Acaso este mecanismo fuja do controle (como no caso das doenças autoimunes), o risco de extermínio do próprio corpo, com o fechamento de fronteiras, é extremamente possível e preocupante.

Como proposta ao combate deste tipo de situação, ESPOSITO sugere uma análise do mundo exatamente a partir das diferenças, ou seja, como uma unidade de distinções, “em que as diferenças se tornem precisamente o que mantém unido o mundo” (ESPOSITO, 2017, p.147).

Ao longo de BIOS, ESPOSITO passa a análise de uma perspectiva afirmativa da biopolítica, com a inversão dos procedimentos imunitários do nazismo que, como dito, é o grande exemplo da tanatopolítica.

Seriam três os instrumentos negativos no nazismo: (i) a normalização absoluta da vida; (ii) o duplo encerramento do corpo – imunização suicida dentro do corpo purificado; (iii) a supressão antecipada do nascimento – extinção da vida desde o momento do surgimento.

O que o autor pretende demonstrar é que o nazismo procurava eliminar o risco da própria morte dos alemães, de modo que os indivíduos não enxergavam suas ações como atos de violência. Tratava-se de uma separação biológica entre os indivíduos que mereciam morrer e os que deveriam viver, a qual justificavam as atrocidades cometidas.

Seu objetivo é analisar os contornos negativos da experiência nazista, de modo a criar um novo cenário capaz de alterar os resultados extremos negativos. Trata-se de uma insistência pela diferença dos indivíduos.

Assim, em busca de uma visão positiva da biopolítica, ESPOSITO elenca igualmente três contornos opostos à experiência nazista: (i) uma norma interior aos corpos, e não imposta pelo exterior; (ii) contrariedade da ideia fechada de corpo político, em razão da existência variada e plural; (iii) uma política de nascimento.

A nova biopolítica, portanto, pressupõe a integração de doenças e variações de perspectivas diferentes dentro do tecido sócio normativo (ESPOSITO, 2010, p. 268), e não simplesmente o impedimento destas possíveis ameaças. Vida e morte passam a não mais representar apenas uma relação de oposição.

Em outras palavras, trata-se de uma biopolítica afirmativa baseada em um poder em nome da vida.

11 Considerações finais

Conforme visto, a grande novidade em ESPOSITO está na tentativa de encontrar na imunidade um fator até então não identificado na biopolítica.

Uma vez em que se compreende a relação de embricamento entre *communitas* e *immunitas*, observada no argumento do filósofo italiano Roberto Esposito, tem-se por notória a adequação do paradigma imunitária como chave interpretativa capaz de decifrar o enigma da biopolítica. Com efeito, a noção de imunidade – o contrário negativo de comunidade – em muito ilumina a razão pela

qual a biopolítica, em prol da conservação da vida e do sujeito acaba por, em uma relação antinômica, produzir morte e dessubjetivação.

Por meio da análise da relação da comunidade e da imunidade, o autor não só demonstra os perigos da autoimunização e do perigo da destruição da vida, por exemplo, no exemplo do nazismo e atualmente em grandes conflitos civis, como os caminhos para a identificação de uma biopolítica afirmativa.

O funcionamento de toda esta lógica antinômica do paradigma imunitária pode ser analisado quando se voltam os olhos para o advento da modernidade. Aliás, o que identifica o pensamento de Esposito é a sua interpretação da imunidade como uma categoria histórica inextricavelmente conectada à modernidade. Isso, pois, por um lado, é a modernidade o momento em que a necessidade de proteção da vida ganha centralidade – *immunitas* é categoria biopolítica justamente na proporção em que desloca o foco das práticas de poder para a proteção da vida. Por outro, só pode ser inteiramente compreendida a partir do paradigma imunitário uma vez em que, na política moderna, não se revela um associação comunitária marcada pela gratuidade. Pelo contrário, com o advento da modernidade, cada homem aceita inúmeras privações em nome da segurança, imunizando-se.

O autor explica que medidas extremas são utilizadas justamente sob o pretexto de proteção da própria vida e é preciso compreender tais fenômenos na modernidade para que a aferição da relação entre os conceitos de comunidade e imunidade.

Deste modo, ESPOSITO, ao analisar os aspectos positivos e negativos da biopolítica, opta por identificar o mundo como uma unidade de distinções em que é preciso a interação das contrariedades do próprio corpo para a identificação de uma política baseada no poder da vida. É nesta linha que se pode dizer que o paradigma da imunização permite “perceber a manifestação da política moderna em sua contradição interna, que por um lado está fundamentada nos laços comunitários e, por outro lado, se

sustenta exatamente nos espaços de fuga, de imunização a que obriga o comunitário” (FONSECA, 2012, 31).

Trata-se do exaurimento da concepção de interno e externo para a universalização da diferença e proteção identitária - outro eu (NALLI, 2013, p. 102).

Conforme se verifica a partir da análise feita, a chave interpretativa descrita, oferecida pelo argumento de Roberto Esposito, resta presente nas categorias modernas soberania, propriedade e liberdade. Em relação a cada qual, nota-se que a perspectiva imunitária de Esposito ilumina os seus significados obscuros, iluminando também e, conseqüentemente, a forma pela qual o advento da modernidade as transformou em seu contrário negativo.

A partir deste ponto, e com a explicação do paradigma da imunização, ESPOSITO identifica uma filosofia da biopolítica da vida, e não sobre a vida, na qual a morte é um fenômeno vital.

Trata-se da proteção negativa da vida, na qual é possível perceber que, sob o argumento da imunização, colocam-se, a despeito da proteção jurídica, brechas na proteção da vida.

Por esta razão, a biopolítica é capaz de identificar mecanismos para as técnicas empregadas para a diferenciação entre a vida e morte, não apenas com o intuito de compreendê-las e identificá-las em episódios históricos, mas, sobretudo, para possibilitar medidas da proteção jurídicas dos vulneráveis em situações similares e compreensão da relação entre a vida e a política na atualidade.

Referências

CAMPBELL, Timothy. **Política, imunidade, vida:** o pensamento de Roberto Esposito no debate contemporâneo. In: ESPOSITO, Roberto. *Termos da política: comunidade, imunidade, biopolítica*. Curitiba: Ed. UFPR, 2017.

DELEUZE, Gilles. **Pós-scriptum sobre as sociedades de controle.** Conversações (1972-1990). São Paulo: Editora 34, 2008.

DREZZADORE, Dario. **Cum-munus**: comunidade e poder imanente em Roberto Esposito. Coimbra, 2014, 76 p. Dissertação de Mestrado em Estudos Europeus, orientado pelo Professor Doutor Alexandre Franco de Sá, apresentada ao departamento de História, Estudos Europeus, Arqueologia e Artes da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27958/1/Cumunus.%20Comunidade%](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27958/1/Cumunus.%20Comunidade%20).

ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y Filosofía**. Tradução de Edgardo Castro. Buenos Aires: Grama ediciones, 2006.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas: Origen y destino de la comunidade**. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

ESPOSITO, Roberto. **Temos da Política**: Comunidade, Imunidade, Biopolítica. Curitiba: Ufpr, 2017.

ESPOSITO, Roberto. **Bios**: biopolítica e filosofia Lisboa. Edições 70, 2010.

FONSECA, Ângela Couto Machado. **Política e biopolítica**: um desvio do sujeito? In: Nomos, v. 32.2, p. 15-35. Fortaleza: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, jul./dez. 2012.

Cries from Syria. Direção: Evgeny Afineevsky, Documentário original HBO, 2017. 1 filme (111 min), sonoro, legenda.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau: Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NALLI, Marcos. **Communitas/immunitas**: a releitura de roberto esposito da biopolítica. Revista de Filosofia Aurora. Curitiba, 2013, v. 25 pp. 79-105.

SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico**: a alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais. São Paulo: Contraponto, 2015.

A influência aristotélica na teoria da justiça de Amartya Sen: algumas interlocuções

Eduardo Henrique Titão Motta¹

Vitória Pedruzzi Segato²

1. A teoria da justiça de Amartya Sen

Amartya Kumar Sen ganhou amplo reconhecimento internacional sobretudo com a obra “Desenvolvimento como liberdade”, lançada em 1999. A obra representou um marco na teoria do desenvolvimento ao considerá-lo “a process of expanding the real freedoms that people enjoy” e ao defender que, apesar do aspecto econômico contribuir nesse processo, as liberdades (“freedoms”) dependem de outros fatores, como os arranjos sociais e econômicos e os direitos civis e políticos³. Nesse sentido, o economista indiano afirmou ser necessário eliminar as formas de privação de liberdade que afetam muitas pessoas pelo mundo, como pobreza, tirania, privação social sistemática, entre outras⁴.

¹ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2017-2018). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2017).

² Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2017-2018). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2016).

³ SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Oxford University Press: New York, 1999. p. 5.

⁴ SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Oxford University Press: New York, 1999. p. 19.

Na obra, Sen tipifica cinco liberdades – “political freedoms, economic facilities, social opportunities, transparency guarantees and protective security” – e sustenta que cada uma contribui para incrementar a “capacidade geral” de uma pessoa⁵. O autor dedicou um capítulo específico do livro também para tratar de liberdade e os fundamentos da justiça, onde passa pelas ideias do utilitarismo, libertarismo e a justiça Rawlsiana para então propor uma abordagem geral centrada nas capacidades das pessoas de fazerem coisas com base no que elas têm razão para valorar⁶.

Efetivamente, a teoria da justiça de Sen é construída confutando a abordagem de John Rawls, sem, contudo, descaracterizar a importância da justiça Rawlsiana, tanto por ter “reavivado o interesse filosófico no tema da justiça” quanto por influenciar sua própria teoria da justiça e compreensão sobre a filosofia política⁷. Nesse sentido, faz-se salutar destacar brevemente os principais pontos da teoria da justiça lançada por Rawls, a partir dos comentários de Sen, a qual serviu de base para o desenvolvimento, mais tarde, de sua teoria da justiça.

No emblemático livro “Uma teoria da justiça”⁸, Rawls identifica justiça como equidade e propõe que, a partir de uma posição original em que há uma “igualdade primordial” e os indivíduos estão sob o “véu da ignorância”, os princípios da justiça são escolhidos por um acordo unânime e vão determinar a escolha de instituições sociais básicas. A escolha desses princípios nessas condições constitui, para Rawls, a “concepção política” adequada de justiça⁹. Nessa fase inicial, a teoria Rawlsiana propõe “dois

⁵ SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Oxford University Press: New York, 1999. p. 10-11.

⁶ SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Anchor Books: New York, 1999 (eBook). p. 1044-1683.

⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 61.

⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. De Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 62-63.

princípios de justiça”. A liberdade é o “primeiro princípio”, de modo que “a igualdade de liberdade pessoal tem prioridade sobre as exigências do segundo princípio, que diz respeito à igualdade de certas oportunidades gerais e à equidade na distribuição dos recursos de uso geral”¹⁰. Da concepção de justiça como equidade vem a ideia de “bens primários” (“primary goods”), ou seja, de “meios gerais úteis para as pessoas obterem o que desejam, por mais variados que esses desejos possam ser”¹¹.

Segundo Sen, o pensamento de Rawls foi de extrema relevância à filosofia moral moderna ao defender a equidade como elemento fundamental à justiça, a natureza objetiva da razão prática, a capacidade das pessoas para um senso de justiça e uma concepção de bem (“poderes morais”), entre outros aspectos. No entanto, entende problemáticas a extrema prioridade conferida à liberdade e a não consideração de que em cada indivíduo é variável a capacidade de “converter bens primários em viver bem” (por exemplo como ocorre com uma pessoa doente ou grávida)¹².

De qualquer modo, é possível identificar semelhanças nas duas teorias da justiça proposta por Rawls e Sen: “(1) são não welfaristas; (2) podem ser consideradas igualitárias; (3) não advogam uma determinada distribuição final, reservando algum espaço para a responsabilidade pessoal; e (4) ambas defendem uma noção de igualdade de oportunidades mais radical do que a meramente formal”¹³.

As considerações de Sen sobre a justiça Rawlsiana foram expostas na obra “A ideia de justiça”, publicada pela primeira vez

¹⁰ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.p. 66.

¹¹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 66-67.

¹² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 65-70.

¹³ KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. *Revista de Economia Política*, vol. 31, nº 3 (123), jul.- set./2011. p. 355-356.

em 2009, onde detalhadamente apresenta uma teoria da justiça que procura ir além da percepção de injustiças corrigíveis – embora esta frequentemente seja o seu ponto de partida. A ideia desenvolvida busca ultrapassar o senso subjetivo, investigando quais os “tipos de argumentação racional devem contar na avaliação de conceitos éticos e políticos tal como justiça e injustiça”¹⁴.

No livro dedicado a John Rawls, o autor apresenta três diferenças da sua formulação em relação às teorias da filosofia moral e política contemporâneas de maior destaque. A primeira é que a maioria dessas teorias procura "apenas a caracterização das sociedades perfeitamente justas", enquanto Sen entende também necessário "incluir modos de julgar como reduzir a injustiça e promover a justiça". A segunda é a defesa de que "a necessidade de raciocinar e analisar não está de forma alguma comprometida pela possibilidade de que prioridades conflitantes sobrevivam a despeito do enfrentamento da razão". Por último, é a percepção de que "a presença de uma injustiça remediável pode, em grande medida, estar conectada a transgressões de comportamento, e não a defeitos institucionais"; ou seja, há uma intrínseca ligação entre a justiça e a forma com que as pessoas vivem, menosprezada por teorias que enfocam em estabelecer "instituições justas" (arrangement-focused).¹⁵

O autor se utiliza de um exemplo da antiga ciência do direito indiano para ilustrar sua concepção, apresentando dois conceitos de justiça: *niti* e *nyaya*. De acordo com Sen, ambas significam justiça, mas a ideia de *niti* significa “tanto à adequação organizacional quanto à correção comportamental”, enquanto a ideia de *nyaya* “ao que resulta e ao modo como emerge, em

¹⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 7-8.

¹⁵ Isso não significa que as instituições não sejam importantes, devido ao seu relevante papel instrumental na realização da justiça. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 8-10.

especial, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar”. Depreende-se, assim, que *nyaya* consiste em uma concepção de justiça mais abrangente, “ligada ao mundo que de fato emerge, e não apenas às instituições ou regras que por acaso temos”, em sua visão, não deve ser desprezada.¹⁶

Partindo desta perspectiva de justiça como *nyaya*, a teoria de Sen, em vez de centrar em uma "sociedade justa", tem por objetivo "investigar comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou o retrocesso da justiça". Não está alinhada à tradição iluminista do "institucionalismo transcendental" (de Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e outros), mas à tradição desenvolvida por Smith, Condorcet, Bentham, Marx, Mill e outros. O foco é a perspectiva comparativa, em que a preocupação maior é responder questões sobre como promover a justiça, e não procurar responder o que são instituições justas.¹⁷

Há dois problemas na identificação transcendental, segundo Sen. O primeiro é a "factibilidade de encontrar uma solução transcendental acordada"; o segundo é a "redundância da busca de uma solução transcendental".¹⁸

O exemplo dado para o primeiro problema é o de três crianças que reivindicam uma flauta para si, em que uma é a única que sabe tocá-la, a outra é pobre e nunca teve um brinquedo e a terceira foi quem elaborou a flauta durante meses. Questionando a teoria da justiça de Rawls, Sen afirma que "pode de fato não haver nenhum arranjo social identificável que seja perfeitamente justo e sobre o qual surgiria um acordo imparcial", de modo que é possível

¹⁶ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.12 e 36-37.

¹⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 29.

¹⁸ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 30.

que haja uma "pluralidade de princípios concorrentes que reivindicam relevância para a avaliação da justiça".¹⁹

No que tange ao elemento da redundância, explica que "se uma teoria da justiça deve orientar a escolha arrazoada de políticas, estratégias ou instituições, então a identificação dos arranjos sociais inteiramente justos não é necessária nem suficiente". O exemplo dado é de alguém que tenta escolher entre um Picasso e Dalí, mas se vale do pressuposto de que o quadro ideal do mundo é a Mona Lisa. Sua conclusão, portanto, é a de que "a teoria transcendental simplesmente trata de uma questão diferente da tratada pela avaliação comparativa", pois é possível que a discussão suscitada tenha interesse intelectual mas não seja produtiva para a tomada de determinada escolha necessária em uma sociedade.²⁰

Outro apontamento sobre o institucionalismo transcendental é a "negligência global", já que este preconiza a necessidade de um Estado que aplique os princípios de justiça para alcançar uma "justiça global perfeita". O economista indiano, por outro lado, enfatiza que as pessoas, quando buscam justiça, não querem atingir um "humanitarismo mínimo" ou uma sociedade global "perfeitamente justa", mas suprimir os "arranjos afrontosamente injustos".²¹

A proposta é, portanto, "um acordo baseado na argumentação racional pública sobre rankings de alternativas que podem ser realizadas", verificando-se aqui importância da teoria da escolha social no pensamento de Sen. Depreende-se que a preocupação é a concepção de uma teoria da justiça comparativa alicerçada nas realizações ("realization-focused comparison"), a partir da ideia de que "a justiça não pode ser indiferente às vidas

¹⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 30-33.

²⁰ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 34.

²¹ SEN, A. K. *Inequality Reexamined*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992. p. 40-41.

que as pessoas podem viver de fato". Atenta-se para a "natureza da vida humana", para as capacidades ("capabilities") que efetivamente as pessoas possuem, que são "o poder de fazer algo". A capacidade de escolha atrai a responsabilidade pelo que se decide fazer (são as "exigências deontológicas").²²

Ao contrário dos "bens primários" de Rawls, Sen adota as noções de "capabilities" e "functionings" como medida de justiça em uma sociedade. No livro "Inequality Reexamined", editado em 1992, o autor esclarece que enquanto os funcionamentos estão ligados aos estados e atividades que as pessoas valorizam – desde ter uma boa saúde, evitar mortalidade prematura e até ser feliz e ter autorrespeito – as capacitações representam "the various combinations of functionings (beings and doings) that person can achieve". As capacitações são, então, a liberdade de buscar o bem-estar, de valer-se de funcionalidades para viver a vida que se deseja: "capability is, thus, a set of vectors of functionings, reflecting the person's freedom to lead one type of life or another".²³

Mais tarde, a abordagem foi aprofundada no livro destinado a expor sua teoria de justiça, no qual a ideia das "capabilities", fundamentada na liberdade, é eleita como medida de avaliação de justiça e injustiça nas sociedades. É importante mencionar que Sen não busca apresentar um modelo de como uma sociedade deve se estruturar a partir das capacidades, pois esta abordagem "aponta para a relevância central da desigualdade de capacidades na avaliação das disparidades sociais, mas não propõe, por si própria, uma fórmula específica para as decisões sobre políticas".²⁴

²² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 35-36.

²³ Segundo o próprio autor, a abordagem das capacidades começou já em 1980: "Meu trabalho sobre a abordagem das capacidades foi iniciado com minha busca de uma melhor perspectiva sobre as vantagens individuais que podem ser encontradas no enfoque rawlsiano dos bens primários: ver 'Equality of what?' [...]. Mas logo ficou claro que a abordagem poderia ter uma relevância muito maior: ver 'Commodities and capabilities (1995)' [...]". SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.p. 39-40; 212.

²⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.P. 197-198.

Na formulação de Rawls, os bens primários são centrais como medida de equidade distributiva; por outro lado, Sen entende que devem ser “apenas meios para outras coisas, em especial para a liberdade”. Modifica-se a centralidade dos meios para a satisfação dos fins, a qual se dá por meio da liberdade substantiva: “compreender que os meios para uma vida humana satisfatória não são em si mesmo os fins da boa vida ajuda a gerar um aumento significativo do alcance do exercício avaliativo”. Sen refuta o posicionamento de outros autores de que seria mais efetivo se debruçar sobre a realização dos funcionamentos, e não sobre as capacidades de escolher as realizações, a partir do argumento de que não há prejuízo em se analisar as capacidades e também os funcionamentos; pelo contrário, com este objeto amplo é que se permite também valorar as “oportunidades e escolhas”. Tal concepção é relevante para distinguir situações como, por exemplo, a condição de um indivíduo que jejua por motivos políticos ou religiosos de um que jejua por simplesmente não ter alimento. Embora o resultado seja o mesmo – o fato de ambos jejuarem –, a abordagem das capacidades permite demonstrar tal diferença ao centrar-se na liberdade e nas oportunidades.²⁵

A noção de *capabilities* de Sen é similar à de Martha Craven Nussbaum, filósofa estadunidense que se dedicou a desenvolver uma teoria das capacidades. Em seu livro “*Creating Capabilities: The Human Development Approach*”²⁶, Nussbaum observa que ambos propõem como alternativa à ideia de desenvolvimento focada no PIB a abordagem das capacidades. “*The Capabilities Approach*”, como denomina, centra-se nas escolhas e na liberdade, a partir da ideia de que o fundamental para as sociedades é promover para seu povo uma série de oportunidades, cabendo a cada indivíduo escolher o que vai exercer. O foco da teoria é

²⁵ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.p. 199-201.

²⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

investigar o que as pessoas realmente podem fazer ou ser e quais são as reais oportunidades de que dispõem. A diferença entre as abordagens de Sen e Nussbaum se dá basicamente porque na teoria da justiça do economista indiano a ideia de *capabilities* é vista como o melhor critério para comparar propostas de qualidade de vida, o que interfere no debate sobre desenvolvimento. Nussbaum, por outro lado, especifica uma lista de dez capacidades que entende centrais para sua uma justiça social mínima. Nesse sentido, embora Sen tenha identificado algumas capacidades centrais como saúde e educação, vale-se do conceito enquanto base para a avaliação da qualidade de vida em uma nação.²⁷ Nas palavras dele, “the problem is not with listing important capabilities, but with insisting on one pre-determined canonical list of capabilities, chosen by theorists without any general social discussion or public reasoning”.²⁸

A teoria de justiça de Amartya Sen também critica a investigação da análise econômica da condição de vida das pessoas, cujo foco são os “meios de vida como ponto final da investigação”. Nesse sentido, o autor é categórico em defender que a renda do indivíduo é apenas um meio para que os indivíduos alcancem a vida que desejam efetivamente viver:

Há excelentes razões para não confundir os meios com os fins, e para não considerar os rendimentos e a opulência como importantes em si, em vez de valorizá-los condicionalmente pelo que ajudam as pessoas a realizar, incluindo uma vida boa e que valha a pena.²⁹

²⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. P. 61-64.

²⁸ SEN, Amartya. Human Rights and capabilities. *Journal of Human Development*, vol. 6, nº 2, jul. 2005. p. 158.

²⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.193-194.

Mesmo que um indivíduo tenha uma renda considerável, materialmente ainda é possível que não consiga exercer uma liberdade substantiva, ou seja, que realmente possa escolher entre tipos de vida. O exemplo dado é a situação dos afrodescendentes de centros urbanos dos Estados Unidos, os quais, embora vivam em um país economicamente rico, têm menores chances chegar a uma idade avançada do que pessoas nascidas em países mais pobres. Isso significa que “faz diferença se olharmos apenas para os meios de vida, em vez de considerarmos diretamente as vidas que as pessoas conseguem levar”. Nesse ponto, a liberdade é valiosa ao indivíduo por possibilitar perseguir seus objetivos (“aspecto de oportunidade”) e pelo próprio processo de poder decidir por si mesmo o que escolher (“aspecto de processo”). O economista adota, assim, uma noção ampla de oportunidade, que não apenas se debruça sobre o resultado da culminação, mas também avalia as reais oportunidades de escolher o que quer a partir do que valoriza.³⁰

A partir deste breve panorama apresentado, traça-se o pano de fundo necessário para a tentativa de demonstrar algumas interlocuções entre a teoria da justiça de Sen e a justiça aristotélica, sem a pretensão, naturalmente, de esgotá-las.

2. A justiça aristotélica: influência na concepção de Amartya Sen

Uma das principais influências de Aristóteles, filósofo que se baseia muito mais no campo ético-prático do que na teoria, é a sua ideia de justiça. Estudioso da ética e das virtudes, difere-a das demais virtudes a partir de sua negação. Ao sustentar que a justiça possui apenas um vício – a injustiça –, ele a afasta das demais concepções virtuosas que se fundam no equilíbrio mantido entre dois vícios: excesso e falta. Classifica-a especialmente, sugerindo

³⁰ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.194-195.

que enquanto as outras virtudes podem ser chamadas de virtudes individuais – cuja excelência pode ser alcançada apenas com o esforço do próprio virtuoso –, a justiça é uma virtude voltada para o outro.

O tema é tratado pelo autor nas suas obras Retórica, Política e nas Éticas, em especial no Livro V do emblemático *Ética a Nicômaco*³¹. Justamente por estabelecer a justiça no campo da ética, ramo do conhecimento humano que se dedica ao estudo do próprio comportamento humano, é que Aristóteles estatui que não somente o saber acerca do justo e do injusto faz um indivíduo ser mais ou menos virtuoso, mas sim sua ação baseada conforme um conceito de justiça.

Para o autor, a justiça pode ser entendida como “[...] disposições de caráter que tornam as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo, e do mesmo modo por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto”³². A ética, enquanto saber prático, teria, então, a pretensão de fazer com que o homem possa agir de maneira correta, tendo em vista alcançar o bem; o homem estudaria a ética não para saber o que ela é, mas para agir eticamente.

Deixando de tratar sobre uma ética de pressupostos teóricos últimos, como preconizava Platão, Aristóteles propõe uma ética do bom senso, baseada nos juízos morais de alguém que possa ser considerado, de modo geral, bom e virtuoso. A partir daí, contudo, pode-se extrair que essa virtude pode ser tão múltipla quanto a diversidade de saberes e situações, não havendo, por isso, um único conceito de justiça. Ao tratar das acepções do termo, o autor assume inicialmente o pressuposto de que a justiça pode ser concebida de várias maneiras, sendo sempre necessário levar em consideração, para sua análise, critérios de ordem formal e

³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril, 1984.

³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril, 1984. p.121.

material. Os critérios formais exigem que se conceda tratamento igual para situações iguais; os materiais orientam para o julgamento considerando os méritos, capacidades e necessidades de cada um.

É a partir do Capítulo X do Livro V da *Ética a Nicômaco* que Aristóteles trata especificamente da justiça. Após diferenciar o justo no sentido absoluto e o justo no sentido político – o primeiro com um sentido moral (justo natural) e o segundo com um sentido jurídico (justo positivo) – o autor estabelece uma distinção que será marcante em sua obra:

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida. As coisas que são justas em virtude da convenção e da conveniência assemelham-se a medidas, pois que as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, porém maiores nos mercados por atacado e menores nos retalhistas. Da mesma forma, as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em toda parte. E as próprias constituições não são as mesmas, conquanto só haja uma que é, por natureza, a melhor em toda parte.³³

A partir daí, “já é possível perceber que a natureza aristotélica não equivale a um conceito geral e abstrato universalmente aplicável a toda a humanidade”, diante da ausência de “oposição entre um direito universal comum a todos os homens e um direito particular”³⁴. Tal circunstância, ressalte-se, é decorrente dos vários conceitos de justiça particular que o filósofo reconhece.

Essa justiça particular se refere às relações existentes entre indivíduos, tratando cada um de forma singular. O autor divide

³³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco (Coleção Os Pensadores)*. São Paulo: Abril, 1984. p.133

³⁴ BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. Aristóteles: a justiça se diz de muitos modos. *Quaestio Iuris*, vol. 11, nº 01. Rio de Janeiro, 2018. p. 154-172.

essa relação entre justiça particular distributiva e justiça particular corretiva. A primeira diz respeito à distribuição de ganhos e riquezas de acordo com os méritos e aptidões de cada pessoa. Nessa perspectiva, leva em conta o princípio de igualdade e proporcionalidade a fim de manter um pensamento que prime pela equidade. A segunda, por outro lado, consiste na aplicação de um juízo corretivo nas relações a serem estabelecidas entre os indivíduos. Na medida em que surgem conflitos de direito, à justiça corretiva é atribuída a função de corrigir este conflito de modo que se retorne o *status quo*.³⁵

Essa distinção entre as justiças reflete também nas concepções aristotélicas de política. Ao tratar da equidade, elemento fundamental da vida em sociedade, Aristóteles a compara com a justiça, concluindo serem “a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal”³⁶. A própria equidade, portanto, deve observar a realidade. E é aqui que se estabelece o maior ponto de influência entre o filósofo grego da antiguidade e suas contrapartes contemporâneas. Sobre a política aristotélica, o papel do indivíduo na *polis* e a multiplicidade de individualidades que a pressupõem, Cesar Augusto Ramos comenta que:

Ao recomendar o caráter plural da cidade, Aristóteles entende que a existência de cidadãos que diferem em suas distintas capacidades na execução de tarefas, mediante a cooperação, torna-se indispensável para o cumprimento da diversidade de fins que são próprios à comunidade política.³⁷

³⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco (Coleção Os Pensadores)*. São Paulo: Abril, 1984. p.126

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco (Coleção Os Pensadores)*. São Paulo: Abril, 1984. p.212.

³⁷ RAMOS, Cesar Augusto. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. *Kriterion*. 2014, vol. 55, n. 129. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100004>.

Segundo o próprio Aristóteles, afinal, “a cidade não é uma simples comunidade de lugar, estabelecida com vistas a impedir as injustiças recíprocas e favorecer as trocas”³⁸. A *polis* é uma comunidade moral e política que se organiza não apenas com o objetivo de proteger e manter a vida – esta finalidade representa apenas um meio para a realização do fim superior boa vida –, mas, também, promover o bem viver de homens bons, amigos e justo. O alcance de tal finalidade, nesse sentido, seria prioritariamente do Estado.

Michael Sandel elucidativamente observou que a justiça aristotélica é teleológica e honorífica, uma vez que sua definição de direitos depende da prática social em questão e das pessoas envolvidas. A teoria aristotélica também não distingue as questões de equidade e direitos, envolvendo diretamente temas como “a honra, a virtude e a natureza de uma vida boa”. Assim, a igualdade está relacionada a quem se está distribuindo e quais as virtudes a serem consideradas – em seu entender, por exemplo, as melhores flautas devem ser dadas aos melhores flautistas.³⁹ Nesta ordem de ideais, a justiça é tida como virtude para a proporção na divisão dos bens e das riquezas. E a equidade, a ela relacionada, é a adequação da lei ao caso concreto, atendidas suas peculiaridades, tendo em vista o caráter genérico e abstrato da atividade do legislador e atribuindo-se ao juiz a ponderação proporcional da norma à situação fática.

Martha C. Nussbaum exerceu relevante esforço em demonstrar a conexão da ideia justiça de Sen – e, também, a sua – com a desenvolvida pelo filósofo grego, sobretudo quanto à abordagem das capacidades. Aristóteles considerava que os governantes deveriam entender quais as necessidades humanas para uma vida boa. Apesar de não ser um "liberal", o filósofo grego

³⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco (Coleção Os Pensadores)*. São Paulo: Abril, 1984. p.182.

³⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6ªed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. p. 231-255.

defendia que o alcance da satisfação sem escolhas não atendia à dignidade dos seres humanos - daí a importância da educação. Segundo Nussbaum, "repeatedly in his writings he identified different levels of human capability (or *dunamis*)", de forma similar às distinções de capacidades inatas, capacidades desenvolvidas internamente e capacidades combinadas que a abordagem contemporânea empreende. Nussbaum também observa que outra grande contribuição foi a sua ideia de que a riqueza não deve ser o objetivo principal de uma nação, mas apenas um meio para o planejamento político. A ideia mais tarde preconizada pelos utilitaristas foi rechaçada já por Aristóteles, como bem comenta a filósofa estadunidense:

In general, he held that pleasure and the satisfaction of desire are utterly unreliable as guides to what is to be promoted in society, since people learn to derive pleasure from all sorts of things, good and bad, depending on the type of education they have had.⁴⁰

Quanto a este último ponto, em sua própria obra "A ideia de Justiça", Sen expressamente faz menção a Aristóteles ao estruturar a tese de que "a renda ou a riqueza é uma forma inadequada de julgar a vantagem". Isso porque, na obra *Ética a Nicômaco*, o filósofo grego colocou a riqueza como instrumento para o proveito de alguma coisa, e não como o bem procurado pelos indivíduos. No pensamento do economista, a riqueza não é algo a ser valorizado por si, devendo-se atentar para as "capacidades totais" quando da avaliação das vantagens existentes entre os indivíduos. Sua concepção centra-se, então, "nas vidas humanas, e não apenas nos recursos que as pessoas têm, na forma de posse ou usufruto de comodidades".⁴¹

⁴⁰ NUSSBAUM, Martha C. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 307-318.

⁴¹ Este é também um ponto de afastamento de sua teoria em relação à ideia de "bens primários" de Rawls: "apesar de os bens primários serem, na melhor das hipóteses, os meios para os fins valiosos da vida humana, eles próprios são vistos como o principal indicador para julgar a equidade

O autor arremata a confluência da justiça aristotélica sobre a questão com a sua teoria aduzindo:

Através do reconhecimento explícito de que os meios para a vida humana satisfatória não são eles mesmos os fins da vida boa (o principal do argumento aristotélico), a abordagem das capacidades ajuda a produzir uma significativa ampliação do alcance do exercício avaliativo.⁴²

A partir da compreensão de que os seres humanos são vulneráveis, Martha Nussbaum também observa que Aristóteles já indicava a necessidade de que o governo buscasse adotar medidas como purificar a água, melhorar a qualidade do ar e promover a nutrição dos cidadãos. Tudo isso demonstra a concepção do filósofo grego de que "the job of government is to make all citizens capable of leading a flourishing life in accordance with their choice", em muito semelhante à noção de desenvolvimento e capacidades trabalhada por Sen.

Tratando da visão de Aristóteles sobre "political distribution", Nussbaum evidencia a proximidade com a teoria de Sen quando da defesa por este de que "we cannot properly estimate the worth of distributable goods until we have na account of the functionings towards which these goods are useful". Uma política de distribuição de alimentos, por exemplo, não será bem empreendida ou interpretada se antes não for perquirido o que as pessoas fazem como resultado de estarem ou não bem-nutridos, ou seja, o que as pessoas podem escolher e fazer a partir de suas escolhas.⁴³ De acordo com a filósofa, este foco nas capacidades no

distributiva segundo os princípios rawlsianos de justiça". SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 214-215.

⁴² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 215.

⁴³ NUSBAUM, Martha. Nature, function and capability: Aristotle on Political Distribution. *Oxford Studies in Ancient Philosophy: Supplementary Volume*, (Oxford University Press, 1988). p. 11-12.

lugar dos funcionamentos vai ao encontro do pensamento de Aristóteles:

If I am right, Aristotle is making exactly this point. And the vehemence of his repeated attacks on the fetishism of money and goods gives evidence that he had an opposition (whether philosophical or “lay”) against whom the claims of functioning and a “thick theory” of good needed defense.⁴⁴

Segundo a autora, também é possível identificar a similaridade dos pensamentos com o resgate da noção de *dunamis* e *energeia* trabalhada pelo filósofo grego⁴⁵. Na obra “Metafísica”, Aristóteles distingue o conceito de *dunamis* em dois sentidos. O primeiro é o poder que algo tem de produzir uma mudança, ou seja, de ser uma fonte de mudança em outra coisa. O segundo sentido de *dunamis* está mais ligado à ideia de “potencialidade”, relacionado à *energeia* (realidade): “a *dunamis* in this sense is not a thing’s power to produce a change but rather its capacity to be in a different and more completed state”.⁴⁶ Tais conceitos, segundo a filósofa, seriam próximos às noções de capacidade e funcionamentos mais tarde resgatadas por ela e Sen.

Isso não quer dizer que a teoria aristotélica seja imune a problematizações. Uma das críticas feitas por Nussbaum, por exemplo, é a de que “Aristotle's theory was grossly defective because it lacked a theory of the basic human rights, especially rights to be free from government interference in certain areas of choice”, enquanto a abordagem contemporânea, por outro lado,

⁴⁴ NUSBBAUM, Martha. Nature, function and capability: Aristotle on Political Distribution. *Oxford Studies in Ancient Philosophy: Supplementary Volume*, (Oxford University Press, 1988). p. 12.

⁴⁵ NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights. 66 *Fordham L. Rev.* 273 (1997). Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>>. P. 275

⁴⁶ COHEN, S. Marc. Aristotle's Metaphysics. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.). Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/aristotle-metaphysics/>>.

reforça a relevância de determinados direitos para possibilitar as capacidades dos indivíduos.⁴⁷

De qualquer modo, por meio deste pequeno ensaio, é possível perceber que há na concepção de Amartya Sen um resgate das noções elaboradas por Aristóteles, o que demonstra a atemporalidade do pensamento do filósofo grego em muitos aspectos e auxilia na compreensão de sua instigante teoria da justiça, fundada nas capacidades e funcionamentos e nas liberdades e oportunidades dos indivíduos de poderem escolher o que realmente desejam para suas vidas.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco (Coleção Os Pensadores)*. São Paulo: Abril, 1984.

BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. Aristóteles: a justiça se diz de muitos modos. *Quaestio Iuris*, vol. 11, nº 01. Rio de Janeiro, 2018.

COHEN, S. Marc. Aristotle's Metaphysics. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.). Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/aristotle-metaphysics/>>.

KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. *Revista de Economia Política*, vol. 31, nº 3 (123), jul.- set./2011.

NUSBBAUM, Martha. Nature, function and capability: Aristotle on Political Distribution. *Oxford Studies in Ancient Philosophy: Supplementary Volume*, (Oxford University Press, 1988).

NUSSBAUM, Martha C. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

⁴⁷ NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights. 66 *Fordham L. Rev.* 273 (1997). Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>>. p. 276.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights. 66 *Fordham L. Rev.* 273 (1997). Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>>.

RAMOS, Cesar Augusto. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. *Kriterion*. 2014, vol. 55, n. 129. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So100-512X2014000100004>.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. De Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6ªed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SEN, A. K. *Inequality Reexamined*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.

SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Anchor Books: New York, 1999 (eBook).

SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Oxford University Press: New York, 1999.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. Human Rights and capabilities. *Journal of Human Development*, vol. 6, nº 2, jul. 2005.

Enrique Dussel e Friedrich Nietzsche: seria a ética da libertação incompatível com a vontade de potência?¹

Gustavo Dalpupo de Lara²

Maria Fernanda Battaglin Loureiro³

Eduardo Xavier Costa Andrade⁴

1) Introdução

Compreender a biografia de um filósofo torna possível uma melhor compreensão de sua produção intelectual, pois sugere quais as condições concretas que podem ter determinado os rumos

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2016). Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Centro de Estudos da Constituição (Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia), vinculado ao PPGD da UFPR. Editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisa, principalmente, temas de Teoria do Direito e Filosofia do Direito.

³ Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo PPGD-UFPR. Graduada em Direito na Universidade Federal do Paraná, com habilitação em Teoria do Direito e Direitos Humanos. Bolsista CAPES/PROEX. Desenvolve pesquisa institucional junto ao grupo de pesquisa Biotecnologia, Direito e Sociedade (BIOTEC) desde 2012 até o presente momento. Tem experiência nas áreas de Direito Civil (com ênfase em Direitos da Personalidade), Teoria do Direito e Direitos Humanos.

⁴ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2016). Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia. Desenvolve pesquisa nas áreas de Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Argumentação Jurídica.

de seu pensamento. A biografia de Friedrich Nietzsche, por sua vez, é especialmente relevante para compreender as duas fases de sua obra - que costuma ser dividida entre a produção de um Nietzsche jovem e outro maduro.

Juntamente com a escrita de “Humano demasiado humano” e de seu rompimento com a filosofia de Schopenhauer, afirma-se que também o fim da amizade entre Nietzsche e Richard Wagner marcaria a ruptura entre essas fases. São episódios que refletem, em boa medida, a reviravolta pela qual a filosofia nietzschiana teria passado (BORNHEIM, G. 2003, p. 19).

Uma das grandes passagens, características do mencionado amadurecimento intelectual, coincidiu com especialmente com abandono da metafísica como fonte de explicação para questões existenciais, tendo o filósofo alemão migrado para a elaboração de uma filosofia construtivista, marcada por três pilares: perspectivismo, pluralismo e o experimentalismo.

Em Nietzsche, o perspectivismo, também dito falsificacionismo - que não se restringe somente a uma leitura gnosiológica, mas também moral ou axiológica (GORI, P.; STELLINO, P; 2014, p. 104) -, diz respeito à possibilidade de que um mesmo objeto de análise possa ser avaliado segundo diversas perspectivas. Trata-se de uma relativização no espectro da certeza. Assim, tomando-se um exemplo específico, tem-se que “não existe um bem em si, contrariamente ao que sustentava Platão” (GORI, P. STELLINO, P. 2014, p. 106).

Por sua vez, o pluralismo teria relação com a inexistência de um princípio único na filosofia nietzschiana; ou seja, ela, ao contrário, é marcada por uma série - ou pluralidade - de máximas, tais, dentre outras, o “além do homem”, o procedimento genealógico e a vontade de potência - que aqui se explora de modo mais detido adiante.

Por fim, o experimentalismo de Nietzsche ficaria a cargo do caráter provocativo de suas colocações, considerado por MARTON (sem data) como o filósofo da suspeita, que filosofa a marteladas e se expressa não apenas pelos caminhos conceituais que marcam seu

pensamento, mas também estilisticamente, nas formas - narrativas muito próprias, aforismos etc - que emprega em sua escrita.⁵

Mas a filosofia nietzschiana é marcada também por outras peculiaridades (MARTON, 1997). A noção de que Friedrich Nietzsche desconhecia problemas puramente espirituais e escrevia sempre com o seu corpo revela justamente uma cisão clara com a tradição filosófica ocidental, que confere primazia ao intelecto e nega a corporalidade. Isto é, o abandono da divisão clássica entre corpo e mente é a representação categórica da inauguração à desestabilização das categorias clássicas impressas na filosofia moderna, firmando-se portanto um verdadeiro combate contra a subjetividade racional dos modernos (FONSECA, 2014, p. 68-70). Nas palavras de Nietzsche:

Não quero dizer com isso que é necessário entender o universo como uma ilusão, uma 'aparência', uma 'representação' (no sentido de Berkeley ou de Schopenhauer), mas como tendo uma realidade da mesma ordem que aquela de nossos afetos, como uma forma mais primitiva do mundo das paixões, onde tudo o que, mais tarde, no processo orgânico, for separado e diferenciado (e também, como é natural, amenizado e enfraquecido) está ainda ligado por uma poderosa unidade, semelhante a uma forma de vida instintiva, na qual o conjunto das funções orgânicas, auto-regulação, assimilação, nutrição, secreção, circulação, está sistematicamente ligado, como uma forma *preliminar* da vida (NIETZSCHE, 2007, aforismo 36, p. 53)

Conferir centralidade ao corpo significa opor-se ao protagonismo da consciência, da racionalidade e da representação, permitindo problematizar o estatuto do humano, então fundado em bases metafísicas; ou seja, implica reconhecer que a relação que o sujeito estabelece com o mundo é mediada tanto pela razão como

⁵ De acordo com MARTON (1997, p. 08): “No Nascimento da tragédia e na Genealogia da moral, ele opta pelo discurso contínuo; nas considerações extemporâneas, escolhe o tom polêmico; no *Ecce homo*, assume a forma autobiográfica; nos *Ditirambos de Dioniso*, adota o recurso poético; em outros textos, apresenta máximas vigorosas e veementes; e na maior parte de sua obra talvez, privilegia o aforismo como modo de expressão”.

pelo organismo (GORI, P; STELLINO, P. 2014, p. 104). Trata-se de remover a corporalidade de um lugar secundário, deixando nítido o rompimento de Nietzsche com a filosofia dualista de Descartes e de Kant, que separa o corpo da mente. Essa reviravolta da filosofia nietzschiana consagra, assim, um golpe a uma série de questões dogmáticas da tradição filosófica (FONSECA, 2014, p. 70-71).

Da herança deixada pela filosofia nietzschiana, a vontade de potência é um conceito que merece destaque. Isto porque este, além de ser, de certa forma, central em sua filosofia - por ser correlato explicativo da ideia de transvaloração dos valores ou de ressentimento (REGINSTER, 2016, p. 64) -, foi também alvo de duras críticas, seja por acusação de que teria atuado como fundamento para um individualismo ou narcisismo (DUSSEL, 2000, p. 375 e p. 382); ou, ainda, de que teria servido de pressuposto à política de dominação e extermínio característica do regime nazifascista - interpretação esta que, consoante Reginster, embora recorrente, seria equivocada (REGINSTER, 2007, p. 32), por razões que serão expostas adiante.

A vontade de potência é trazida à tona por Enrique Dussel na obra *Ética da Libertação*. Nesta, Dussel, ao tratar da dimensão pulsional do sujeito (isto é, a dimensão que se põe anteriormente e em estado de concorrência com a aquela racional, demarcando o seu “outro”, nos dizeres do autor) (DUSSEL, 2000, p. 345), procura aproveitar algumas das ferramentas teóricas elaboradas por Nietzsche - vez que, para este filósofo, há afetação mútua entre as duas dimensões, vale dizer, as atividades da razão seriam também pulsionais (MOREIRA, F. S., 2013, p. 296).

O objetivo do filósofo argentino parecer ser o de extrair de Nietzsche aquilo que exalte a vida, ao mesmo tempo que descartando interpretações que, neste autor, possam resultar em uma postura individualista ou narcisista. Dito de outro modo, Dussel deseja retirar de Nietzsche o que coaduna com a sua ética da libertação - todavia, o faz de modo um tanto breve. Em nossa leitura, parece adequado examinar o tópico e, sendo possível,

verticalizá-lo analiticamente - respeitados os limites de um texto como o presente.

Tal propósito não é desarrazoado: Dussel deixa claro que sua obra *Ética da Libertação* se caracteriza apenas como introdutória, não analítica, ou seja, que “numerosos temas ficaram em aberto para serem tratados no futuro” (DUSSEL, 2000, p. 16). Com este intuito, por fim, é que serão apresentadas as reflexões que se seguirão.

2) Friedrich Nietzsche e a vontade de poder/potência

Como já sugerido, o conceito de vontade de potência é central da obra de Friedrich Nietzsche. As leituras acerca das ciências naturais servirão de grande influência para a sua elaboração. Segundo Diego Meca, teóricos como Rudolf Virchow, Wilhelm Roux e Claude Bernard foram motivadores decisivos para que Nietzsche optasse por esse caminho. A teoria celular elaborada por Virchow, Roux e Bernard consistia em reconhecer que o corpo humano é formado por células, unidades vitais simples, que no entanto não possuem autonomia. Essas células necessitam de uma integração com o corpo, uma totalidade hierárquica, âmbito em que a relação de dependência entre as células encontra fluência (MECA, D. S.; 2011, p. 13).

Nesse sentido, Meca explica: “Todo corpo vivente é, assim, uma organização dinâmica que funciona de acordo com um princípio fundamental de autorregulação interna.” (MECA, D. S.; 2011, p. 14). Essa teoria se diferenciava do adaptacionismo de Darwin por compreender que “o organismo é influenciado por aquilo que o rodeia e responde ativamente a tais estímulos reorganizando-se e reorganizando esses mesmos estímulos que o afetam”, portanto, o ambiente também é capaz de influenciar e de transformar o organismo (MECA, D. S.; 2011, p. 15).

Para esses cientistas, a formação das células, tecidos e órgãos consiste numa verdadeira batalha reguladora das funções das relações de força, trata-se de uma auto-estruturação que ocorre no

interior das células que compõem o corpo. Uma luta muito mais expressiva do que a explicação de Darwin pela via da seleção natural. Essa luta se divide em três espécies: por espaço, por alimento e direta (MECA, D. S.; 2011, p. 17-19).

A partir da avaliação dessas três diferentes formas de luta, Nietzsche é levado a reformular e reforçar a sua ideia de dinamismo interno do orgânico, de que a formação possui uma origem interna. Diante disso, o filósofo passa a compreender a existência de “uma força plástica no homem que constrói formas estáveis frente ao fluxo e à diversidade do acontecer histórico, para poder incorporar o passado ao assimilá-lo como algo próprio” (MECA, D. S.; 2011, p. 19). Assim, os movimentos característicos dos processos vitais são intensamente balizados por forças internas, a pujança das forças externas continua existindo, mas seria muito menos relevante do que acreditava Darwin (MECA, D. S.; 2011, p. 19).

A busca por esses elementos das ciências naturais contribui substancialmente para a fundamentação das intuições filosóficas de Nietzsche. Isso é especialmente evidente na formulação da ideia de vontade de potência, que tem por premissa a “de que todo ser vivo tem de conquistar continuamente sua unidade orgânica mediante um processo de luta, assimilação e autossuperação.” (MECA, D. S.; 2011, p. 20). Nesse sentido, Nietzsche recorre ao que ARALDI (2012, p. 112) afirma ser um processo de humanização da natureza, donde os contornos que marcaram o processo de elaboração da vontade de potência.⁶

⁶ Conforme ARALDI (2012, p. 112): “Na época em que Nietzsche procedia à redução de todas as funções orgânicas – e de todos os movimentos – à vontade de potência, aparece a breve mas esclarecedora pretensão de uma humanização da natureza” (*Vermenschlichung der Natur*), na qual o processo de interpretação é conduzido e direcionado à perspectiva humana (cf. Nachlass/FP 1[29], KSA 12.17 13 . A nosso ver, o que importa propriamente nas concepções da vontade de potência dessa época de preparação a Para além de bem e mal, com apoio numa incipiente psicologia dos impulsos, é o estabelecimento de relações de poder próprias do mundo moral humano. O que conta propriamente são as interpretações humanas, as avaliações perspectivistas desse ser que necessita e quer conferir valor ao mundo. A naturalização da moral, desse modo, depende de uma prévia ‘humanização’ da natureza, a partir de certas configurações de impulsos, paixões e afetos humanos ao longo da história. Apesar de todas as críticas às consequências nefastas da ‘humanização’ do mundo na metafísica, na política e na moral, o filósofo que

Bernard Reginster sustenta que, em uma primeira leitura, o aforismo 259 da obra “Além do Bem e do Mal”, em que Nietzsche trata da vontade potência, transmite a ideia de que ela se expressa apenas como um impulso para a controle e dominação:

Esse corpo social, no seio do qual, como foi suposto anteriormente, as unidades se tratam como iguais - é o caso em toda aristocracia sadia - esse corpo, se ele próprio é corpo vivo e não um organismo que se desagrega, deve ele próprio agir, com relação aos outros corpos, exatamente como não agiriam umas em relação às outras suas próprias unidades: deverá ser vontade de potência incarnada, quererá crescer, se estender, atrair, chegar à preponderância - não por um motivo moral ou imoral, mas porque vive e porque a vida é precisamente vontade de potência. (NIETZSCHE, 2007, aforismo 259, p. 185)

Mas Reginster entende que tal interpretação é incompleta, embora não esteja incorreta, pois por ela se tem a identificação de que o impulso existe, mas não deixa claro, por outro lado, em função de quê se dá tal impulso, nem demarca outras possíveis características que possam ser a ele imputadas (REGINSTER, 2007, p. 35).

Reginster complementa que esse impulso de dominação está para algo que lhe oferece resistência; a resistência é, neste caso, um pressuposto sem o qual tal vontade se desfaz: é sua condição de existência. Lawrence Hatab dá sentido semelhante à vontade de potência, apontando que “se resistências fossem eliminadas, se a contrapotência de alguém fosse destruída ou mesmo neutralizada pela pura e simples dominação, essa mesma potência se evaporaria, não mais seria potência” (HATAB, L. J., 2015, p. 221). E Hatab complementa que, partindo-se de Nietzsche, tem-se que os abusos cometidos pelos homens revelam, em verdade, ausência de potência e frustração decorrente de sua falta (HATAB, L. J., 2015, p. 250).

Tais deduções levam-nos à conclusão de que eventual influência de Nietzsche sobre Hitler, neste ponto específico, importaria a distorção, pelo nazismo, da noção de vontade de potência. Isto porque a potência ariana significou a eliminação daquilo que se construiu como sendo sua principal resistência, o outro do nazismo, a figura do judeu.

No entender de Reginster, portanto, a vontade de potência não equivale à mera dominação nem ao desejo de um estado em que a resistência tenha sido superada, mas a uma vontade que se dirige à contínua “atividade de superação da resistência” (“*activity of overcoming resistance*”) (REGINSTER, 2007, p. 36); nesse mesmo sentido indica Hatab ao esclarecer que a vontade de potência se volta à “*perpetuação do sobrepujamento*” (HATAB, L. J., 2015, p. 222; grifo do autor).

Enrique Dussel, por sua vez, dado o teor combativo de sua filosofia, denuncia alguns aspectos constitutivos da vontade de potência como sendo sintomas de um individualismo que acaba por ser ratificado no pensamento de Nietzsche (nesse mesmo sentido: GORI, P.; STELLINO, P; 2014, p. 111⁷), sobre o que se tratará adiante.

3) Dussel e a vontade de poder/potência como fetichização metafísica

Objetivando estruturar a sua Ética da Libertação, Dussel recorre a um vasto arsenal filosófico, composto pelas mais variadas matrizes, das quais procura destacar instrumentais teóricos que possam ser utilizados em favor de sua ética (DUSSEL, 2000, p. 16.), dentre os quais Nietzsche (e, neste, em especial, a o conceito aqui explorado: a vontade de potência). A aproximação dessas duas perspectivas é antecedida pelo exame que Dussel faz acerca de um

⁷ “É justamente esta oposição que motiva Nietzsche a enfatizar, em Za/ZA, assim como em outras obras, a necessidade de uma retomada da perspectiva moral individual. No entanto, uma tal ênfase foi interpretada por muitos críticos em termos de uma forma radical e extrema de individualismo ao qual conduziria o perspectivismo nietzschiano”.

fenômeno explorado pelo jovem Nietzsche, qual seja, a separação entre os mundos dionisíaco e apolíneo (DUSSEL, 2000, p. 348).

A separação do mundo em uma perspectiva apolínea e dionisíaca é marcada, respectivamente, pelos instintos reprodutivos e criativos de seus personagens principais - daí a forte influência da tragédia grega no pensamento do jovem Nietzsche. O dionisíaco se caracteriza por “permitir a criação, viver, diferenciar-se”, ao passo que o apolíneo, pelo “mundo disciplinar dos valores ascético-repressores da cultura helenística e posteriormente da semítico-cristã e germânico-moderna (a ‘verdade’)” (DUSSEL, 2000, p. 349).

Outra diferença que decorre das peculiaridades de cada um desses personagens é que a figura apolínea tende a buscar a felicidade, sentimento estável, de repouso, “ideal do rebanho”. Já a figura dionisíaca é marcada pela busca dos prazeres, causados por um certo anseio de querer ir adiante, por uma afeição ao poder, dentro do qual está contida uma dor que deve ser constantemente enfrentada (DUSSEL, 2000, p. 349).

Dussel sugere que, mais tarde, a figura de Dionísio será fonte de inspiração para a construção do *Übermensch* ou “sobre-humano” de Nietzsche. Além disso, seguindo o seu método genealógico, o filósofo alemão propõe a existência de quatro níveis de crítica que se dividem na ética, religião, filosofia e arte. Dessas quatro esferas, apenas a arte conseguiria escapar da *ratio* moderna e ocidental, preservando uma “possibilidade dionisíaca”, diferentemente das demais, que teriam recaído no modelo disciplinar da busca pela segurança, o que, para Nietzsche, seria perverso e enfadonho (DUSSEL, 2000, p. 349-351).

O filósofo argentino, assim, ingressa na noção de vontade de potência, como uma espécie de desdobramento, crescimento e fortalecimento da figura dionisíaca, que teria três sentidos diversos, os quais se impõem ordenadamente. O primeiro é “dos fracos que criaram as estruturas de repressão, e que impuseram o eu, a consciência moral (Gewissen), a língua, a gramática, a metafísica”

(DUSSEL, 2000, p. 351). O segundo seria a capacidade da vontade de potência de, positivamente, transmutar valores, isto é, aptidão para transvaloração dos valores, ideia fundamental da filosofia de Nietzsche e intimamente ligada à sua crítica à moral e à própria vontade de potência (no que toca à conexão entre transvaloração dos valores e vontade de potência, ver: REGINSTER, 2016, p. 64). Por fim, o terceiro sentido seria o da vontade de potência “como causa criadora da vida”, o que culminaria na configuração do *Übermensch*, para Dussel, o “ser-humano-que-se-transcende” (DUSSEL, 2000, p. 351).

A partir dessa compreensão, Enrique Dussel conclui que Nietzsche teria recaído “numa nova fetichização metafísica da noção de vontade de poder” (DUSSEL, 2000, p. 352), crítica severa, considerando-se que Nietzsche tinha como mote da segunda fase de sua produção intelectual, justamente, o rompimento com explicações metafísicas.

Além disso, Dussel aponta que Nietzsche, assim como toda uma geração de filósofos alemães, teria se deixado influenciar por uma romantização do fato grego, o que o teria levado a um helenocentrismo fundado em hipóteses teóricas frágeis, incompatíveis com a construção de uma filosofia da libertação, que deveria partir, ao revés, de um horizonte mundial (DUSSEL, 2000, p. 354-355).

De acordo com Araldi (2012, p. 102), Heidegger também compreendia a vontade de potência nietzschiana por um viés metafísico, por entender se tratar de um critério para naturalização da moral. Todavia, mesmo Araldi (2012, p. 119), embora reconheça alguns pontos de fragilidade na filosofia de Nietzsche, acaba por destacar nuances positivas da ideia de “vontade de potência”, conforme se depreende do trecho seguinte:

Por mais dificuldades que ela coloca no pensamento tardio, não podemos omitir a sua função substancial, de ser o critério para os novos valores da moral naturalizada. Não podemos esquecer que o próprio autor de Bem e Mal reconheceu a necessidade de explanar a sua compreensão de mundo como vontade de potência no seu projeto de naturalizar a moral e, por fim, na

transvaloração de todos os valores. Se ela for simplesmente descartada, por sua procedência e implicações metafísicas, estaríamos fazendo um recorte arbitrário na obra de Nietzsche, não levando em conta um de seus momentos de maior concentração e produção teórica, imprescindível no ensaio de naturalização da moral (ARALDI, 2012, p. 119).

Apesar de a vontade de potência constituir uma espécie de abertura para interpretações metafísicas no contexto da obra nietzschiana, não se deve descartá-la *a priori*, justamente por ter sido fundamental para o questionamento da moral, algo que pode guardar relevância para a construção de uma ética da libertação nos moldes estabelecidos por Dussel.

Além da crítica pautada pelo caráter metafísico da vontade de potência, há outras interpretações que poderiam afastar a filosofia de Nietzsche de uma ética libertadora, como a de que ele seria contrário ou o inimigo das instituições e do Estado de Direito. Hatab, contudo, rebate tal ponto de vista, pois revela que o pensador alemão teria afirmado, em *Crepúsculo dos Ídolos*, que repudiar as instituições implicaria decadência (HATAB, L. J., 2015, p. 228). Hatab admite, porém, que a filosofia nietzschiana é, sim, em última instância, anti-igualitária (mas não antidemocrática) (HATAB, L. J., 2015, p. 242):

A celebração de potência por Nietzsche não raro é tomada como a significar um repúdio às concepções moral e política de justiça; essa ênfase na criatividade e no espírito livre parece incompatível com normas e instituições sociais; e é evidente que a sua crítica à igualdade parece solapar políticas democráticas. Ainda assim, a filosofia de Nietzsche não redundava num repúdio às normas sociais e às instituições políticas (HATAB, 2015, p. 226).

Expostas tais razões, podem-se tecer conclusões embrionárias no sentido de que a ética da libertação de Dussel é parcialmente compatível com a vontade de potência nietzschiana, ao menos se tomadas sob consideração as releituras da filosofia de

Nietzsche explicadas anteriormente. Vale dizer, há encontros e desencontros entre Nietzsche e Dussel no que diz respeito aos respectivos fundamentos sob exame. Como poderia a vontade de potência resistir ao filtro da ética de Dussel, fundada que está na rejeição do helenocentrismo filosófico (DUSSEL, 2000, p. 355) e afirmação da vida humana “em seu nível físico-biológico, histórico cultural, ético-estético e até místico-espiritual, sempre num âmbito comunitário” (DUSSEL, 2000, p. 632)?

4) Considerações Finais

Dados os pontos acima explorados, a proposta filosófica de Enrique Dussel é norteada por um princípio político claro, ou seja, não é normativamente neutra. Para esse autor, não há escamoteamento das finalidades inscritas em sua ética por meio da estruturação de um aparato filosófico que as oculte. Seu pensamento está justamente para a afirmação da vida (em sentido amplo), que entende negada por uma tradição histórico-cultural (eurocêntrica), e que se reflete no percurso da filosofia (helenocêntrica, que desemboca no germanismo de Nietzsche, consigna Dussel) (DUSSEL, 2000, p. 355).

Para Dussel, a afirmação da vida depende, em alguma medida, de uma filosofia desregionalizada, ou seja, uma filosofia mundial, não centralizada da Europa ocidental (DUSSEL, 2000, p. 355). Tais pretensões impõem, portanto, aquilo que se verifica na obra de Dussel em relação a Nietzsche: uma espécie de recolhimento categorial seletivo, pois se selecionam muito precisamente os pontos de interesse, visto que

Para uma Ética da Libertação é necessário integrar ambos os níveis de maneira que a materialidade das pulsões permaneça articulada com a racionalidade material (verdade prática), a formal discursiva (validade intersubjetiva) com a factibilidade e a negatividade da razão instrumental e prática crítica (DUSSEL, 2000, p. 436).

Logo, extrai-se a crítica de que, a rigor, Nietzsche não escaparia ao helenocentrismo de que está impregnada a história da filosofia. De todo modo, o “outro da razão” oferece à ética (e confirma o que é central nela), além da denúncia à fragilidade da razão moderna (pela indicada materialidade das pulsões), a afirmação da vida como princípio fundante.

Assim, tal qual em Dussel, Friedrich Nietzsche - e, em particular, sua genealogia dos valores - dá fundamentos para a exaltação da vida como valor condicionante da vontade de expandir-se, uma afirmação profunda dessa vida, que é a contraface da rejeição veemente de outras vidas ou mundos, conforme explica Hussain (2011, p. 168-9). Embora, como afirma este autor, a afirmação da vida, em Nietzsche, se dê em função da dominação e do poder (2011, p. 169).

Haveria, neste caso, um feixe muito tênue de coimplicações conceituais entre essas duas perspectivas teóricas. Não se menosprezando, inclusive, que o esforço de Nietzsche daria a entender o de uma descrição (como oposição ao normativo) dos traços da personalidade que culminam no impulso característico da vontade de potência - nos termos explicados. Isto à contramão do que se daria em Dussel, propriamente enquanto estruturação de uma concepção ético-normativa de afirmação da vida - e também da corporalidade - assumida como negada.

Portanto, excluindo-se a rejeição mútua entre as pretensões, de um lado, de rejeição ao eurocentrismo e, de outro, a um helenocentrismo possivelmente acidental, bem de convivência com uma postura de exacerbamento da individualidade, resta, como denominador comum, a estipulação da vida como pilar valorativo que sustenta ambas as filosofias.

Dessa forma, aduzir a pertinência teórica entre o pensamento de Dussel e Nietzsche, considerados os pontos de entrelace e desencontro, incide, ao fim, em um problema metodológico que tem, como pano de fundo, uma questão política. Dito de outro modo, o

problema da compatibilidade conceitual que se levanta acaba por exigir do leitor que, coadunando com a normatividade ética em Dussel, abra mão de certo purismo intelectual a permitir afirmar que este o pensador argentino adota incorretamente uma premissa que, em sua integralidade, minaria seus propósitos políticos.

Parece-nos, nesse sentido, serem duas as alternativas que se põem: (i) coadunar com a postura política compreendida na ética da libertação, rejeitando-se a contradição resultante dos dois universos teóricos aqui postos, nos limites deste *paper*, em paralelo; (ii) ou optar por inferir pelo uso inconsistente de Nietzsche por Dussel, na medida em que a totalidade do pensamento daquele - nos termos do que se colocou nos tópicos acima - atrasa ou impede, em razão do narcisismo nele implícito, uma ética libertadora.

Referências

ARALDI, Clademir Luís. A vontade de potência e a naturalização da moral. In.: *Revista Cadernos Nietzsche*, 30, 2012, p. 101-120.

BORNHEIM, Gerd. Nietzsche e Wagner: o sentido de uma ruptura. In.: *Revista Cadernos Nietzsche*, v. 14, 2003, p. 12 a 26.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FONSECA, Angela Couto Machado. *Corpo, biopolítica e direito: percursos filosóficos da ordenação e regulação biológica* [tese de doutoramento]. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Curso de Direito, 2014.

GORI, P; STELLINO, P. *O perspectivismo moral nietzschiano*. In: *Revista Cadernos Nietzsche*, São Paulo, n. 34. vol. I, p. 101-129, 2014. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-82422014000100005 >. Acesso em: 27/08/2018.

HATAB, Lawrence J. *A vontade de potência e a política democrática*. In: *Revista Cadernos Nietzsche*, São Paulo, v.36, n.2, p. 219-252, 2015. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2316-82422015000200219&script=sci_abstract&tlng=pt >. Acesso em: 27/08/2018.

- HUSSAIN, N. J. Z. The Role of Life in the Genealogy. In: MAY, S. (ed.), Nietzsche's On the Genealogy of Morality. A Critical Guide. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 142-169. Disponível em: < <https://philpapers.org/rec/HUSTRO-5>. Acesso em: 27/08/2018 >.
- MARTON, Scarlett. *Friedrich Nietzsche*. I Curso Livre de Humanidade. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=NVMjJWekoIk> > Acesso em agosto de 2018 (sem data).
- MARTON, Sacarlett. Nietzsche e a celebração da vida. A interpretação de Jörg Salauarda. In.: *Revista Cadernos Nietzsche*. São Paulo, 1997, p. 07-15.
- MECA, Diego Sánchez. *Vontade de potência e interpretação como pressupostos de todo processo orgânico*. In.: *Revista Cadernos Nietzsche*, 2011, P. 13-47.
- MOREIRA, Fernando de Sá. *Linguagem e verdade: A relação entre Schopenhauer e Nietzsche em Sobre verdade e mentira no sentido extramoral*. In.: *Revista Cadernos Nietzsche*, São Paulo, v. 33, p. 273-300, 2013. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-82422013000200012 >. Acesso em: 27/08/2018.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. São Paulo: Editora Escala, 2. ed, 2007.
- REGINSTER, Bernard. *The will to power and the ethics of creativity*. In: BRIAN, Leiter; SINHABABU, Neil. *Nietzsche and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 32 a 57.
- _____. *Ressentimento, poder e valor*. In: *Revista Cadernos Nietzsche*, São Paulo, v.37, n.1, p. 44-70, 2016. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-82422016000100044 >. Acesso em 27/08/2018.

O deslocamento do poder soberano: administração e constitucionalismo na nova ordem global

João Pedro Ruppert Krubnik¹

Introdução

Atualmente se discute o fato de que o mundo ocidental passa por uma crise. Uma crise que não é temporária, mas que envolve uma alteração de todo o sistema econômico e social². E tratando desse assunto, cabe ressaltar que, embora frequentemente seja utilizada para apresentar acontecimentos adversos, em especial os concernentes aos setores econômico e financeiro, a palavra “crise” não possui um sentido unicamente depressivo. Falar em crise implica também em falar em criação, em reconstrução após uma ruptura. Assim, “a crise é o fator que predispõe à mudança, que prepara para o futuro ajustes sobre novas bases, o que absolutamente não é depressivo, como nos mostra o atual impasse econômico”³.

¹ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 7.

³ *Ibid.*, p. 11.

Portanto, apesar de representarem um momento inicial de incerteza, as crises conduzem à necessidade de se realizar escolhas sobre o futuro, possibilitando a realização de proposições para a substituição dos cenários que passam por uma ruptura.

Essas considerações são de grande valia quando se nota que o Estado está em crise. Desde o momento em que a atuação estatal passa a ser vista como um obstáculo ao crescimento econômico, o Estado progressivamente tem reduzido o espectro de promessas que é capaz de cumprir. A diminuição do papel do Estado é acompanhada da ascensão da iniciativa privada e, com isso, perde-se o tradicional *locus* de conquista de direitos: o âmbito público, estatal.

Com a crise do Estado, diversos direitos por ele garantidos são postos em xeque. Direitos trabalhistas são flexibilizados, direitos sociais não são concretizados, a Administração Pública se submete a preceitos da iniciativa privada, e a democracia se vê fragilizada. Isso não importa, porém, no fim da conquista de direitos. Se todas as crises possuem uma representação criativa, com a crise do Estado não seria diferente. É possível perquirir a existência de novos espaços de conquista de direitos fora do âmbito de atuação estatal.

Levando em consideração a ideia de que toda investigação que se pretenda utópico-realista deve partir das relações e processos políticos existentes⁴, o presente artigo parte da análise dos processos de globalização e suas relações com o Direito, conferindo ênfase à diluição das fronteiras territoriais e à formação de uma governança global, para então perquirir certas possibilidades de superação da crise estatal, especialmente no que diz respeito à busca de novos espaços de conquista de direitos.

De modo não exaustivo, o presente artigo investiga a formação de dois novos espaços de conquista de direitos, ambos

⁴ HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997, p. 337.

situados externamente às fronteiras estatais: o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global. Não se possui a pretensão de tratar exaustivamente desses campos, mas se visa a demonstrar como esses são novos espaços de conquista de direitos que surgem como efeitos da crise pela qual passa o Estado.

1. Considerações iniciais sobre a globalização e o Direito

Escrever sobre globalização é um processo dificultoso. Existem diversas dimensões da globalização (política, econômica, cultural etc.), de modo que ao se tratar do assunto corre-se o risco de assumir uma visão apenas parcial do fenômeno. Ademais, há poucas obras que visam a sistematizar as abordagens sobre a globalização. A maioria dos trabalhos se constitui de visões parciais, um ecletismo teórico⁵.

Não bastasse, ao se tratar do assunto, depara-se com dificuldades epistemológicas, tendo em vista que a sociologia ocidental se preocupou historicamente com o nacional, não conferindo a devida ênfase ao transnacional⁶.

Para traçar algumas considerações iniciais sobre o tema, pode se tomar como referência Boaventura de Sousa Santos, que busca a sistematização das abordagens sobre o fenômeno. Para o autor, existem leituras paradigmáticas e subparadigmáticas acerca da globalização.

A leitura paradigmática afirma que o final dos anos 60 e início dos anos 70 inauguraram um período de transição paradigmática no sistema mundial, um período de crise e criatividade social e política nova. Já a leitura subparadigmática compreende o fenômeno como um processo de ajuste estrutural que ocorre dentro do capitalismo. Esse ajuste altera o modo de

⁵ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 12.

⁶ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**, p. 12-13.

acumulação do capital, mas não transforma a estrutura da sociedade. Assim, a leitura paradigmática é muito mais ampla que a subparadigmática, tanto em afirmações substanciais quanto em alcance espaço-temporal. Nela, a crise do regime de acumulação e do modo de regulação são apenas sintomas de uma crise mais profunda, uma crise de época ou crise civilizacional⁷.

A tese de Boaventura é a de que a existência de leituras distintas sobre a globalização é uma indicação dos dilemas interpretativos de nosso tempo. O sociólogo sustenta que em certos atos a globalização pode se mostrar de maneira paradigmática e, em outros, subparadigmática. Isso demonstra a contradição interna ao fenômeno⁸.

Ademais, sustenta que é um processo seletivo e não-anárquico. Para Boaventura, o processo de globalização reproduz a hierarquia do sistema mundial e as assimetrias entre as sociedades centrais, periféricas e semiperiféricas. Sob as condições do sistema mundial moderno, a globalização promove a expansão global de dados localismos. Não se trata, assim, de um globalismo genuíno. Desse modo, o autor define a globalização como “un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”⁹.

Nota-se que a influência da sociedade internacional sobre as ordens jurídicas internas não é um processo novo, e que remonta aos Tratados de Westphalia. Porém, a partir da Década de 1970, com a acentuação do processo de globalização, essa influência assume um caráter qualitativamente diferenciado, como exemplifica a imposição de um modelo de desenvolvimento pelo Consenso de Washington¹⁰.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización del derecho**: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 49-52.

⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización del derecho**, p. 56.

¹⁰ *Ibid.*, p. 80-81.

Nesse recente processo, a política perde o seu referencial territorial e o poder se concentra nas mãos das transnacionais, se ocasionando uma apatia política e exclusão social dos cidadãos, de modo que “com a globalização econômica, os direitos políticos tendem a ser meramente retóricos”¹¹.

2. Diluição das fronteiras estatais: do Estado-nação à governança sem governo

Após as grandes crises do século XX (especialmente a Crise de 1929 e as duas Guerras Mundiais), a esperança de reconstrução do mundo ocidental foi depositada no Estado Social. Após a quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1936 John Maynard Keynes publica sua obra *Teoria Geral do Emprego, Juros e Moeda*, propondo a intervenção do Estado na economia de mercado para solucionar o problema da crise econômica, defendendo a intervenção no processo produtivo por meio de investimentos públicos, cujo objetivo era atingir o pleno emprego, contrapondo-se à tradição liberal.

Não obstante alguns países terem buscado a concretização desse modelo de Estado apenas tardiamente (como é o caso do Brasil), nota-se no período pós-guerras uma intensificação e difusão da noção de que o Estado, por razões políticas e econômicas, deve atuar para garantir direitos sociais, como educação, saúde, previdência e trabalho. Nesse período, o *locus* de conquista e concretização de direitos fundamentais era o Estado. Como regra, no interior do Estado se processavam as demandas sociais, e o próprio Estado fornecia as condições para que esses direitos fossem concretizados.

Entretanto, a partir da Década de 1970 e 80, com o crescimento do desemprego e da inflação, os Estados se veem incapacitados de cumprir suas promessas e recorrem a ideais

¹¹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito*, p. 308.

neoliberais para guiar sua atuação. Nesse período, a atuação estatal passa a ser vista como um obstáculo ao crescimento econômico, e as promessas sociais são abandonadas. O Estado, assim, “foi rebaixado da posição de motor mais poderoso do bem-estar universal àquela de obstáculo mais odioso, pérfido e prejudicial”¹².

Com a ascensão de uma política classificada ao mesmo tempo como conservadora e neoliberal¹³, os governos da época, capitaneados Thatcher e Reagan, passam a questionar a regulação macroeconômica keynesiana, gerando uma onda de privatização de empresas estatais e desregulamentações da economia. Com isso, as medidas neoliberais se tornam um “sistema disciplinar mundial”, de modo que seus dogmas (notadamente a concorrência e a propriedade privada) foram instituídos em âmbito internacional e se tornam condição para o desenvolvimento. Coincidindo com a ascensão do capital financeiro, isso importou numa concentração de renda por parte da população, gerando mais desigualdade social¹⁴.

Tem se defendido que, através da supressão estatal promovida pelo pensamento neoliberal, somada ao fenômeno da globalização, “o espaço político deixa de ser um *locus* de conquista e defesa dos direitos da coletividade, passando a tornar-se numa seara de poder e de manutenção dos interesses do capital globalizado”¹⁵

¹² BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**, p. 18.

¹³ O termo neoliberalismo, embora capaz de ensejar divergências interpretativas, é referido no presente trabalho como a corrente teórica defendida no Colóquio Walter Lippmann, em 1938, ocasião em que se buscou uma refundação teórica da doutrina liberal. Entre as suas principais pautas constaram o cosmopolitismo, o livre mercado, a aceitação parcial da atuação estatal, o combate ao totalitarismo, a rejeição à metafísica naturalista, entre outras. Ademais, segue-se a definição de Robert Keohane e Joseph Nye que, na Teoria das Relações Internacionais, atribuem a primazia da ordem econômica e da cooperação institucional como características determinantes da corrente teórica do neoliberalismo. As políticas que seguiram essa corrente teórica foram aplicadas especialmente a partir da Década de 1970, como se demonstra no corpo do artigo.

¹⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Traduzido por Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 201.

¹⁵ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**, p. 27.

Esse enfraquecimento do Estado promovido no imaginário coletivo o tornou incapaz de promover a supervisão e o controle efetivo dos mercados, além de sua regulação e administração. A partir desse período, questões como as finanças internacionais, mercados de trabalho, capitais de investimento e circulação de mercadorias se mostraram além da esfera de poder do Estado. Desse modo, parcela do seu poder é capturada por forças supra estatais¹⁶.

Fundada na separação entre o poder e a política¹⁷, a crise do Estado reduz o alcance de seu poder à gerência da administração de rotina, “incapaz de assumir e resolver os problemas que o *poder global* (sem representação política e, portanto, fundamentalmente não democrático) impõe com frequência crescente”¹⁸. Os problemas relativos ao meio ambiente e às migrações de refugiados são exemplificativos da insuficiência do poder estatal para resolvê-los.

Num cenário em que os efeitos ambientais negativos são globais, a tradicional atuação estatal dentro de suas fronteiras territoriais não possui a mesma eficácia de outrora. O desmatamento da Amazônia Legal brasileira pode afetar a qualidade do ar em todos os países do mundo, mas o que os países afetados podem fazer caso isso ocorra, senão recorrer ao sistema internacional? Soluções que visam a uma atuação restrita ao espaço determinado pelas fronteiras territoriais não se mostram como viáveis.

Relativamente às migrações, tampouco podem os Estados ignorar a realidade além de suas fronteiras. Não obstante nenhum Estado tenha “criado” as migrações de refugiados, estes precisam lidar com esta situação, e somente podem fazê-lo numa perspectiva conjunta e global. O Estado não pode mais voltar seus olhos

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**, p. 21.

¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

unicamente a seu território, mas deve olhar para todo o cenário internacional, sabendo que uma crise do outro lado do globo pode promover uma migração em massa para seu território, mesmo que tente proibi-la.

Esses exemplos corroboram a ideia de que o pensamento neoliberal, ao promover uma separação entre o poder e a política, torna a ideia de fronteiras territoriais de soberania presumida pela fórmula westfaliana cada dia mais falsa, menos plausível. Enquanto a política continua territorialmente fixada e restringida, grande parte do poder antes contido no interior das fronteiras do Estado-nação agora se encontra sob o controle do mercado internacional, em um “espaço de fluxos”, no qual não há autoridade política¹⁹.

Para Zygmunt Bauman, “nossos problemas são produzidos globalmente, ao passo que os instrumentos da ação política legados pelos construtores do Estado-nação foram reduzidos à escala de serviços requeridos por Estados-nação *territoriais*”²⁰, de modo que a atual conjuntura dos poderes estatais se mostra insuficiente ou inadequada para resolver desafios globais.

Nesse sentido, Bauman declara haver uma crise da soberania territorial. Ao passo que, em regra, os problemas são criados globalmente e os Estados atuam apenas como distritos de polícia locais, pouco estes podem fazer para impedi-los. A capacidade de atuar globalmente resta reservada apenas aos países mais ricos e desenvolvidos, e que aceitam os modelos econômicos neoliberais sem poder de questionamento, com vistas a manter seu *status quo*²¹.

Nesse cenário, o que ocorre não é o fim dos Estados-nação, mas uma relativização de seu papel como entidade integradora de todas as dimensões da vida coletiva, de modo que grande parte das

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**, p. 32.

²⁰ *Ibid.*, p. 33.

²¹ *Ibid.*, p. 46.

funções estatais é delegada a empresas privadas. Empresas como Apple, Facebook, Google, bancos e instituições financeiras exemplificam como as empresas assumem a tarefa de garantir o desenvolvimento socioeconômico do país e promover a “cultura de massa”²².

Forma-se, assim, uma governança sem governo, um híbrido de forças públicas e privadas que atuam conjuntamente em prol de seus interesses. O Estado deixa de ser produtor de serviços e passa a ser estrategista, devendo coordenar as múltiplas ações econômicas que o circundam²³. Mas o deslocamento do poder estatal para o “espaço de fluxos” gera diversos problemas para o direito e para a democracia, como se passa a sustentar no tópico subsequente.

3. Disfunções da nova razão do mundo

Como se mencionou, diversos são os problemas ocasionados pelo deslocamento do poder estatal para o espaço de fluxos. Com essa transferência de poder, o *locus* de conquista e concretização de direitos do Estado Social fica comprometido.

Tomando a compreensão de Boaventura de Sousa Santos de que a globalização é um processo seletivo e não-anárquico, e que promove a expansão global de dados localismos, pode-se sustentar que, a partir da Década de 1970 e 1980, os ideais neoliberais compõe o exemplo mais notório de localismo (antes restrito a países europeus e aos Estados Unidos) promovido à expansão global. Como já se referiu, os dogmas neoliberais foram instituídos em âmbito internacional, transformados em condição para o desenvolvimento e, assim, formaram um “sistema disciplinar mundial”²⁴. Nesse sentido, se sustenta que “as grandes instituições

²² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 286.

²³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 278.

²⁴ *Ibid.*, p. 201.

internacionais criadas após a Segunda Guerra Mundial (FMI, Banco Mundial, Gatt) constituíram os principais vetores de imposição da nova norma neoliberal. Elas substituíram os Estados Unidos e a Grã-Bretanha sem grandes resistências”²⁵

Não obstante os pensadores dos ideais neoliberais que inspiraram as reformas promovidas nessa época tenham afirmado o apego ao princípio clássico do *laissez-faire*, não se pode concluir que se tratou de um simples retorno ao liberalismo dogmático. O mercado atua através de mecanismos institucionais. Apesar de negar a intervenção estatal e defender a redução das funções estatais, a teoria neoliberal mantém um vínculo com as instituições, tendo em vista que “a limitação do poder governamental encontra seu fundamento não nos ‘direitos naturais’ nem na prosperidade gerada pela livre iniciativa privada, mas nas próprias condições de funcionamento da máquina econômica”²⁶.

A teoria neoliberal, portanto, não pode ser vista como uma continuidade do liberalismo clássico porque nega a ideia de uma democracia que aja em prol do “bem comum”. Os novos ideais, em verdade, põem em xeque a noção histórica de democracia liberal²⁷. O princípio máximo do mercado não é mais o da troca, que pressupõe uma paridade, mas o da concorrência, que acaba por promover a desigualdade.

Em razão da adoção desses ideais, o Estado passou a importar preceitos da iniciativa privada, especialmente os que dizem respeito ao princípio da concorrência, promovendo uma “mercadorização da instituição pública”²⁸. Com essas mudanças, entra voga o termo governança, que passa a representar as práticas governamentais que estão em consonância com as exigências da globalização econômica. Sob influência de diversos

²⁵ Ibid., p. 283.

²⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**, p. 142.

²⁷ Ibid., 183.

²⁸ Ibid., 275.

órgãos, como FMI e Banco Mundial, se espalha a noção de que a “boa governança” é a governança aberta a fluxos comerciais e financeiros, tornando a noção de soberania desvalorizada.

Relativamente aos problemas gerados à Administração Pública, assim como os gerentes das empresas, agora os dirigentes dos Estados passam a ser alçados a esses cargos para manter o controle financeiro das instituições públicas, em consonância com as exigências do poder internacional. Os Estados são, então, postos sob controle de instâncias supragovernamentais e privadas, as quais determinam os objetivos e os meios da política que deve ser conduzida²⁹.

Para Luis F. Villanueva Aguilar, a maior parte dos governos tem sido suficientemente inteligente para selecionar os conceitos e os métodos gerenciais do setor privado ao empregá-los no tratamento de problemas públicos. Porém, não faltam governos precipitados que imitam acriticamente os modos gerenciais do setor privado e até os consideram uma panaceia. Nesses casos, corre-se o perigo de que valiosas reformas administrativas, devido a seu débil fundamento institucional, terminem por ser passageiras ou contraproducentes, desacreditando a Nova Gestão Pública, que se mostrou a alternativa às práticas administrativas de governos inertes e que menosprezam a qualidade e eficácia dos serviços³⁰.

No campo do trabalho, a flexibilização promovida pela elevação ao princípio da concorrência como um ideal a ser buscado ocasionou “uma agenda para a transferência de riscos e insegurança para os trabalhadores e suas famílias”³¹. A partir desse fenômeno, Guy Standing fala na formação de uma nova classe social: o precariado, formado por pessoas que têm relações de confiança mínima com o capital e o Estado, sendo diferentes

²⁹ Ibid., 276-277.

³⁰ AGUILAR, Luis F. Villanueva. **Gobernanza y gestión pública**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 236.

³¹ STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 15.

também dos assalariados. Essa nova classe, segundo o autor, vivencia a ausência de garantia de mercado de trabalho, ausência de garantia de vínculo empregatício, ausência de segurança no emprego, ausência de segurança do trabalho, ausência de garantia de reprodução de habilidade, ausência de segurança de renda e, por fim, ausência de garantia de representação³².

Portanto, não há somente uma insegurança de vínculo empregatício (no sentido de que o desemprego se encontra em alta), mas toda uma insegurança de formação profissional, de identidade profissional e perspectivas futuras, uma vez que o precariado somente ocupa cargos, em regra, temporários, e desprovidos de carreira.

Relativamente às conquistas democráticas, o novo cenário global põe seus conceitos-chave (como representação e consenso) em xeque. Uma vez que a governança transcende o território do Estado-nação e as comunidades nacionais não são mais a única fonte de decisões políticas, as formas tradicionais da democracia desafiam esse modelo de regime político³³. Comunidade Europeia, ONU, OTAN, FMI e Banco Mundial são apenas alguns dos mais notórios exemplos de como os territórios nacionais possuem seu espectro decisório reduzido, ao passo que entes supranacionais aumentam seus alcances³⁴.

Se no Estado-nação, a noção de cidadania se encontra ligada a um pertencimento a uma comunidade política, conferindo legitimidade à atuação estatal, a existência de uma governança global – sem um governo global – impõe uma reformulação de conceitos, tanto da teoria democrática, quanto das relações internacionais³⁵.

³² Ibid., p. 28.

³³ HELD, David. **La democracia y el orden global**, p. 38.

³⁴ HELD, David. **La democracia y el orden global**, p. 39.

³⁵ Ibid., p. 46.

David Held³⁶ cita vários fatores e/ou dilemas que contribuem para a redefinição da natureza e do alcance da autoridade soberana dos Estados-nação: 1. A redefinição do Direito Internacional, que não mais se restringe a relações interestatais, mas trata de temas multilaterais, como direitos humanos; 2. A internacionalização do processo de elaboração de decisões políticas (em organismos como a OIT, OMC, União Europeia etc.); 3. A existência de poderes hegemônicos e estruturas de manutenção internacional (como a ONU e a OTAN); 4. A perda da identidade nacional em razão da globalização da cultura e, por fim; 5. O alcance da economia mundial, que contrasta com a limitação territorial do Estado-nação.

Todas as disfunções expostas acerca da nova razão do mundo – uma razão neoliberal concorrencial, que age no interior do Estado, e promove o deslocamento de poder ao espaço transnacional – afetam o funcionamento da Administração Pública, do campo do trabalho, da democracia, e outros campos além desses. Como se demonstrou, a crise da soberania estatal, levada a cabo junto com o abandono das promessas da modernidade implica no desmantelamento das prestações sociais. Na crença neoliberal de que todos devem prover a si próprios (representação do *self-made man* norte-americano), há uma primazia do aspecto econômico sobre a justiça social³⁷.

Entretanto, a Crise de 2008 demonstra os perigos inerentes a essa mentalidade de uma governança híbrida pública-privada. As ações das empresas privadas e eventual quebra das mesmas (prováveis de acontecer na atuação especulativa pelo lucro) afetam a vida também da população. Nesse caso, “o que está em questão, portanto, é a capacidade dos atores privados de autodisciplinar-se, considerando-se os interesses não apenas do seu estabelecimento,

³⁶ Ibid., p. 131-160.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**, p. 72-73.

mas também do próprio sistema”³⁸. A nova razão do mundo distorce a antiga divisão entre interesses particulares e o interesse geral.

Isso leva desafios ao Direito. A diluição das fronteiras nacionais e a crença de que a iniciativa privada é sempre mais eficiente que o setor público faz com que o *locus* de conquista e concretização de direitos fundamentais – o Estado – se encontre incapacitado de cumprir com os novos desafios globais.

Para solucionar ou, ao menos, mitigar essas questões, já se notam novas formas jurídicas originadas recentemente, as quais buscam conferir maior *accountability* à atuação do sistema internacional, se cogitando, ainda, acerca da possibilidade de fundar uma constituição global.

4. Expressões jurídicas da nova ordem global

4.1. O Direito Administrativo Global

Além de alterações na estrutura estatal, a globalização e a crescente ideia de governança global também estão promovendo transformações na estrutura do Direito Internacional, não obstante essa transformação frequentemente passe despercebida por ocorrer debaixo da superfície mais visível da ordem legal internacional³⁹.

Desde 2004, com a publicação de *The emergence of global administrative law*, de Kingsbury, Krisch e Stewart, debate-se concretamente uma dessas alterações: o chamado Direito Administrativo Global.

O Direito Administrativo Global se constrói a partir da observação que grande parte da nova governança global pode ser entendida em termos de administração e regulação. A emergência

³⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 281.

³⁹ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 17, n. 1, 2006, p. 1.

desse campo acompanha uma mitigação da dicotomia entre o espaço interno e internacional, o exercício de funções administrativas em diferentes níveis e a alta efetividade da regulação, mesmo que não vinculante, ensejando novos debates sobre as possibilidades e limites da legitimidade e da *accountability* na ordem internacional⁴⁰.

Com a expansão da noção de governança global explicitada nos tópicos anteriores, muitas funções administrativas e regulatórias agora são exercidas em um contexto global, e não apenas nacional, através de uma diversidade de formas. Administração de refugiados internacionais, regulações transnacionais em assuntos ambientais, decisões e procedimentos do Conselho de Segurança da ONU, estabelecimento de padrões para o combate à lavagem internacional de dinheiro, elaboração de regras pelo Banco Mundial para a concessão de empréstimos a países em desenvolvimento, regras para resolução de conflitos pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e até mesmo o estabelecimento de normas em áreas técnicas pela Organização Internacional para Padronização (ISO – *International Organization for Standardization*) são exemplos da ampla atuação desse novo campo, que não se restringe a entes públicos, mas compreende também entes privados e público-privados⁴¹.

Apesar dessa atuação em múltiplas frentes, tem se destacado o potencial do Direito Administrativo Global em promover uma maior *accountability* em âmbito internacional. Desse modo, esse novo campo possui o potencial de regular, ou ao menos mitigar, os déficits promovidos pela delegação do poder estatal ao “espaço de fluxos”, introduzindo neste relações jurídicas, em tese, democráticas, retirando o domínio exclusivo das relações econômicas.

⁴⁰ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order, p. 1.

⁴¹ *Ibid.*, 3.

Apesar de ser um fenômeno recente, pesquisas já tem demonstrado como os mecanismos do Direito Administrativo Global tem contribuído para a formulação de padrões mais eficazes para a regulação de bancos⁴², para a formulação de padrões e certificação de florestas⁴³, e para resolver parcialmente questões de *accountability* democrática em países nos quais mecanismos eleitorais não estão disponíveis⁴⁴.

Apesar de, num primeiro momento, as questões que envolvem esse novo campo aparentaram não possuir relação entre si, Kingsbury, Krisch e Stewart buscam identificar princípios comuns ao Direito Administrativo Global. Os autores identificam os princípios da proporcionalidade (*principle of proportionality*) e da expectativa ou confiança legítima (*legitimate expectations*). A busca por princípios orientadores visa a implementação de padrões processuais ou procedimentais relacionados à participação processual, à transparência e ao acesso à informação, conferindo certa legitimidade ao novo direito transnacional.

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, ele é compreendido na sua formulação tripartite alemã, abrangendo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. Já no que diz respeito ao princípio da confiança legítima, os autores não se aprofundam no conteúdo do mesmo, abrindo margem interpretativa para a definição de seu conteúdo.

Em suma, o Direito Administrativo Global visa a garantir mecanismos contra abuso de poder, disciplinar as externalidades

⁴² BARR, Michael S.; MILLER, Geoffrey P. Global Administrative Law: The View from Basel. **European Journal of International Law**, n. 1, 2006, p. 15-46. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi167>. Acesso em 10 set. 2017.

⁴³ MEIDINGER, Errol. The Administrative Law of Global Public-Private Regulation: The Case of Forestry. **European Journal of International Environmental Law**, v. 17, 2006, p. 47-87. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi168>. Acesso em 10 set. 2017.

⁴⁴ MACDONALD, Terry; MACDONALD, Kate. Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry. **The European Journal of International Law**, v. 17 n. 6, 2006, p. 89-119. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi160>. Acesso em 10 set. 2017.

políticas, proteger cidadãos e empresas estrangeiras contra discriminação, entre outras atribuições⁴⁵ Seus mecanismos podem fazer frente aos temores de que a ordem internacional guiada pela iniciativa privada se torne despótica, ou seja, que seja guiada por valores não democráticos.

Portanto, diante da realidade da nova ordem global emergente após o início do processo de globalização; diante de uma governança sem governo, na qual residem perigos de uma atuação privada prevalecente sobre o poder estatal; e diante de uma realidade na qual o direito nacional e o direito internacional não são suficientes para regular as situações que lhe são requeridas, surge esse novo Direito Transnacional, o Direito Administrativo Global, que se mostra como um novo *locus* para a conquista de direitos, e que permite conferir certa legitimidade à nova ordem global.

Esse novo campo vem a concretizar ou, ao menos, tentar concretizar a instituição de mecanismos democráticos no funcionamento do mercado, já defendida no plano teórico. Nesse sentido, David Held defende que “en el mundo contemporáneo, sólo es posible concretar la democracia si se garantiza la *accountability* de todos los sistemas de poder relacionados e interconectados, de la economía e de la política”⁴⁶.

Held⁴⁷ elenca três exigências para formar um modelo ideal de direito democrático cosmopolita: a reformulação das fronteiras territoriais dos sistemas de *accountability*, a fim de que os temas que escapam da capacidade de ação do Estado-nação (como os fluxos financeiros globais ou as crises ecológicas) possam ser submetidos ao controle democrático; repensar o papel e lugar das agências regulatórias, com o objetivo de transformá-las em focos mais

⁴⁵ STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. The World Trade Organization and the Global Administrative Law. **Institute for International Law and Justice**, IILJ Working Paper 2009/7, p. 25.

⁴⁶ HELD, David. **La democracia y el orden global**, p. 317.

⁴⁷ *Ibid.*, 317-318.

coerentes e sensíveis aos assuntos públicos e; reformar a articulação das instituições políticas com as agências nacionais e internacionais, de modo a promover uma integração do processo democrático.

O Direito Administrativo Global não possui o alcance de incluir a economia internacional dentro da esfera de democracia, construindo um modelo ideal de direito democrático cosmopolita, mas promove um impulso para a instauração de modelos de *accountability* em sistemas de poder situados dentro do espaço de fluxos, consistindo, portanto, em uma iniciativa consistente e desejável para sua realização. Suas ferramentas são derivadas do Direito Administrativo encontrado em democracias avançadas, de modo que possui como fundamentos ordens constitucionais democráticas com fortes mecanismos de representação eleitoral e *accountability* política⁴⁸, instrumentos ausentes no Direito Internacional interestatal tradicional.

4.2. Um constitucionalismo global?

A existência de um Direito Administrativo Global, nos moldes em que foi exposto, leva a questionar se existe, então, uma Administração Pública Global. Tendo em vista o papel desempenhado pelas instituições atuais na atual conjuntura internacional, especialmente instituições como a ONU, o Banco Mundial e o FMI, uma ideia dessa natureza poderia ser cogitada, mas não se trataria de uma Administração Pública propriamente dita, mas, pelo menos, uma Administração Público-Privada.

Mas se a nova Administração Global possui – mesmo que incipientes – princípios procedimentais que buscam lhe tornar mais democrática e legítima, como ela pode atuar sem uma Constituição? Consegue a atuação da Administração guiar-se apenas por suas regras internas, sem uma Constituição que limite sua atuação?

⁴⁸ STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Raton Sanchez. The World Trade Organization and the Global Administrative Law. **Institute for International Law and Justice**, IILJ Working Paper 2009/7, p. 29.

Esses questionamentos, junto a indagações oriundas de outras áreas, conduzem os pesquisadores a indagar acerca da existência de uma Constituição Global. Nesse contexto, o “Constitucionalismo Global” se mostra como uma agenda política e acadêmica que identifica e advoga a aplicação de princípios constitucionais à ordem legal internacional, com o objetivo de aperfeiçoar a efetividade e a justeza dessa ordem⁴⁹. Portanto, a expressão se refere ao processo contínuo e não-linear de elementos constitucionais à ordem legal internacional⁵⁰.

Em termos históricos, o principal argumento para o estabelecimento de uma ordem legal supranacional foi a prevenção da guerra⁵¹. Atualmente, porém, diversos motivos levam a indagações sobre a instauração de uma ordem jurídica dessa natureza: pobreza, condições equânimes de desenvolvimento econômico, questões ambientais, participação política e manutenção da democracia, entre outros⁵².

Alguns autores chegam a questionar se a Carta da ONU consistiria em uma Constituição Global⁵³, o que é objeto de discussões e controvérsias. Importa destacar, porém, que tomar o exemplo da Carta da ONU como uma possível Constituição Global indica uma característica que a distingue das Constituições nacionais: ela não objetiva fundar um Estado (no caso, um “Estado Global”), mas visa a introduzir elementos que permitam um desenvolvimento diferenciado do Direito Internacional tradicional.

⁴⁹ PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, 2009, p. 397.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 398.

⁵¹ JIBORN, Magnus. *Survey of Proposals and Ideas on Global Governance: Overview of the Literature*. Global Challenges Foundation, 2013. Disponível em: <http://globalchallenges.org/wp-content/uploads/pdf/Survey-of-proposals-and-Ideas-on-Global-governance>. Acesso em 15 set. 2017, p. 9.

⁵² JIBORN, Magnus. *Survey of Proposals and Ideas on Global Governance*, p. 9.

⁵³ DOYLE, Michael. Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter. *European Journal of International Relations*, v. 18, n. 4, dec. 2012, p. 601-624. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1354066111415884>. Acesso em 05 set 2017, p. 113..

Anne Peters⁵⁴ identifica quatro elementos que tem contribuído para o processo de Constitucionalismo Global: 1. O afastamento do princípio da soberania como princípio máximo do Direito Internacional; 2. O consenso estatal tem sido substituído por decisões majoritárias, de modo a aumentar a efetividade da governança global; 3. Valores como a proteção dos direitos humanos, proteção do clima e livre comércio têm adquirido aceitação universal e; 4. O crescimento da legalização e judicialização de disputas em cortes internacionais.

As propostas para a formação de um ordenamento jurídico que controle a governança global possuem diversas variações, sendo possível citar a existência de propostas mais ambiciosas e fundamentalistas, que buscam construir uma estrutura racional capaz de dirigir o poder da governança global, e propostas que compreendem a versão fundamentalista irrealizável, propondo o desenvolvimento de regimes constitucionais particulares, para que consigam promover seus interesses conjuntamente⁵⁵.

Propostas de um governo global, e especialmente as fundamentalistas, convivem com o risco de formar um governo tirano global. Desse modo, a ideia de um constitucionalismo global majoritariamente se inspira na busca de mecanismos que possam ser usados para aperfeiçoar a legitimidade da ordem legal internacional e das instituições internacionais, sem que seja necessário criar um “Estado Global”. O grande desafio que permeia o constitucionalismo global é conseguir agir eficazmente na esfera transnacional pública e privada, por exemplo obrigando empresas transnacionais a respeitar os direitos humanos⁵⁶.

⁵⁴ PETERS, Anne. *The Merits of Global Constitutionalism*, p. 398-399.

⁵⁵ STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *The World Trade Organization and the Global Administrative Law*. **Institute for International Law and Justice**, IILJ Working Paper 2009/7, p. 27.

⁵⁶ PETERS, Anne: *Global Constitutionalism*. In **The Encyclopedia of Political Thought**, Michael Gibbons (eds.), Wiley-Blackwell. London, 2015, p. 1484..

Não se mostra necessário um documento único que forme uma Constituição Global escrita. Deve-se buscar uma perspectiva condizente com o fenômeno de fragmentação de poder contemporaneamente vivenciado – embora frequentemente se se pense que constitucionalismo e fragmentação do poder são fenômenos inconciliáveis⁵⁷. Diferentemente dos âmbitos locais e regionais, no âmbito global a autoridade não se exerce unicamente através da lei e da política, mas também através de uma autoridade epistêmica, o que requer maiores esforços para sua legitimação⁵⁸.

Essa autoridade epistêmica se concretiza por meio da aceitação universal de valores, tais como direitos humanos e proteção do clima. Portanto, sem se cogitar de um “Estado Global”, é possível falar em Constitucionalismo Global, e em outro *locus* de conquista de direitos fundamentais na nova ordem global: o *locus* epistêmico.

Considerações Finais

Em uma realidade na qual se observa o deslocamento de poder do Estado para a sociedade internacional, para o espaço de fluxos (na expressão de Bauman) ou, até mesmo, simplesmente para o mercado, as esperanças depositadas no Estado para a conquista e concretização de direitos se veem confrontadas com grandes desafios. Mas esse deslocamento de poder não implica no fim dos direitos, mormente os fundamentais. É possível visualizar novos espaços de conquista e concretização de direitos. No presente artigo, visualizamos o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global como instrumentos de garantia de direitos na nova ordem global.

⁵⁷ ZÜRN, Michael. From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach. **International Theory - A Journal of International Politics, Law and Philosophy**, v. 9, n. 2. Cambridge University Press, 2017, p. 276.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 279.

A formulação de um Direito Administrativo Global é uma evidência empírica do deslocamento do poder do Estado westfaliano à sociedade internacional. Esse novo campo representa, para o Direito, uma retomada de um espaço de poder que antes se encontrava submetido apenas às leis da política e da economia. Embora seja ainda incipiente, e uma análise prognóstica de seu conteúdo implique em prever também o futuro do Estado e das relações internacionais, pode-se cogitar da possibilidade de mecanismos como estes possibilitarem a superação de desafios ainda sem solução. Se hoje se discute a incapacidade dos Estados de resolverem problemas globais, um Direito que se instaure na própria sociedade internacional e consiga conciliar interesses públicos e privados poderia mitigar tais questões.

Não se trata de uma panaceia, especialmente ao se considerar os desafios de integração de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento no processo de elaboração dessas novas formas jurídicas, mas a regulamentação jurídica que concilie interesses públicos e privados pode ser a indicação de um caminho que construa a – ainda oculta – “terceira via” entre o Estado e o mercado na sociedade internacional.

Entretanto, por mais urgente possa se mostrar a necessidade dessa terceira via, a sua construção deve se dar com extrema cautela, de modo a mitigar os riscos de controle do Direito Administrativo Global por parte de países desenvolvidos e baseados numa economia especulativa e predatória.

Ademais, o surgimento de uma governança global e, mais especificamente, de uma Administração Global, gera questionamentos sobre a necessidade de uma Constituição Global para fornecer uma principiologia a essa Administração. Comparativamente ao Direito Administrativo Global, a formulação de uma Constituição (como texto único e hierarquicamente superior) se mostra menos plausível, não porque a constitucionalização implica na eleição de valores substanciais (e a própria carta da ONU é um exemplo de que isso é possível), mas

porque implicaria em uma unificação do poder, e o que atualmente se verifica é uma tendência de descentralização do poder. Não obstante, isso não afasta um *locus* diferenciado de conquista de direitos: aquele sujeito a uma autoridade epistêmica e que se concretiza por meio da aceitação universal de valores.

Portanto, confirmando o diagnóstico de que as crises possuem representações tanto depressivas quanto criativas, é possível se cogitar acerca da formação de novos espaços de conquista de direitos, ambos situados na sociedade internacional, os quais se mostram como alternativas ao desmantelamento do Estado Social intensificado com o processo de globalização. Ainda incipientes, esses novos espaços requerem a atenção do jurista contemporâneo para que se possibilite o seu desenvolvimento e para que este seja adequado à realidade da nova ordem global.

Referências

- AGUILAR, Luis F. Villanueva. **Gobernanza y gestión pública**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BARR, Michael S.; MILLER, Geoffrey P. Global Administrative Law: The View from Basel. **European Journal of International Law**, n. 1, 2006, p. 15–46. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi167>. Acesso em 10 set. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Traduzido por Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DOYLE, Michael. Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter. **European Journal of International Relations**, v. 18, n. 4, dec. 2012, p. 601–624. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1354066111415884>. Acesso em 05 set 2017.

HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997.

JIBORN, Magnus. **Survey of Proposals and Ideas on Global Governance**: Overview of the Literature. Global Challenges Foundation, 2013. Disponível em: <http://globalchallenges.org/wp-content/uploads/pdf/Survey-of-proposals-and-Ideas-on-Global-governance>. Acesso em 15 set. 2017.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, and Richard B. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 68, n. 3-4, 2005, p. 15-61. Disponível em: <<http://law.duke.edu/journals/lcp>>. Acesso em 18 set. 2017.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 1, 2006, p. 1-13. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acesso em 15 set. 2017.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MACDONALD, Terry; MACDONALD, Kate. Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry. **The European Journal of International Law**, v. 17 n. 6, 2006, p. 89-119. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi160>. Acesso em 10 set. 2017.

MEIDINGER, Errol. The Administrative Law of Global Public-Private Regulation: The Case of Forestry. **European Journal of International Environmental Law**, v. 17, 2006, p. 47-87. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi168>. Acesso em 10 set. 2017.

O'Donoghue, Aoife; MURRAY, Colin. A path already travelled in domestic orders? from fragmentation to constitutionalisation in the global legal order. **International journal of law in context**, V. 13 n. 3, 2017, p. 225-252. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1744552317000064>. Acesso em 15 set. 2017.

PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, 2009, p. 397-411. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>. Acesso em 10 set. 2017.

PETERS, Anne: Global Constitutionalism. In **The Encyclopedia of Political Thought**, Michael Gibbons (eds.), Wiley-Blackwell. London, 2015, p. 1484-1487.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The World Trade Organization and the Global Administrative Law. **Institute for International Law and Justice**, IILJ Working Paper 2009/7, p. 1-30. Disponível em: <http://www.iilj.org/publication-category/working-papers/>. Acesso em: 10 set. 2017.

ZÜRN, Michael. From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach. **International Theory - A Journal of International Politics, Law and Philosophy**, v. 9, n. 2. Cambridge University Press, 2017, p. 261-285.

Colisão entre direitos fundamentais na prisão preventiva: o direito à liberdade em face do direito à segurança pública

Lucas Caviini Leonard¹

1. Introdução

Falar em direitos fundamentais, no mais das vezes, traz à tona temáticas de direito constitucional, vez que é nesse âmbito que, tradicionalmente, tais direitos são estudados de maneira mais extensiva. Entretanto, sob a ótica de um processo penal que se pretenda democrático, é urgente que os operadores do direito de modo geral se familiarizem com uma noção de processo penal constitucionalizado, enfrentando as mais diversas questões a partir de referenciais firmemente calcados na Constituição Federal e no caráter fundamental dos direitos materiais que possam se colocar em aparente rota de colisão em determinado caso concreto.

Elevar um direito à categoria de fundamental significa, em termos práticos, retirar tal direito do escopo de disponibilidade do legislador ordinário. Trata-se de um *status* constitucional conferido apenas a alguns direitos, de modo que nem todos os direitos constitucionais são necessariamente ditos fundamentais.

¹ Promotor de Justiça do MPPR, titular da 1ª promotoria dos crimes dolosos contra a vida de Curitiba-PR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestrando em Teoria do Estado pela mesma instituição. Email: lucascavini@hotmail.com.

Não se trata, contudo, de uma superioridade normativa, mas sim de direitos que representam posições jurídicas de relevância tal que acabam recebendo proteção diferenciada.

Robert Alexy² estabelece que os direitos são tidos como fundamentais quando preenchem, alternada ou cumulativamente, três critérios: o critério material (no sentido de que existem alguns direitos decorrentes de um valor constitucional absoluto, o qual é caráter estruturante da Constituição e mesmo do próprio Estado); o critério estrutural (que se refere especialmente aos direitos fundamentais em sentido estrito, que seriam os que apresentam estrutura de direito individual de liberdade); e o critério formal (são fundamentais os direitos que o constituinte prevê como assim sendo, independentemente de seu conteúdo).

Sendo nosso direito constitucional positivo produto típico do pensar jurídico ocidental, é nele marcante a tradição de atribuir às normas uma pretensão de universalidade, entendendo-as como vocacionadas a regular todo um conjunto de relações sociais e de sujeitos. O centro desse discurso normativo, portanto, é ideia de indivíduo.

A este indivíduo, por força do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esse conjunto de garantias constitui o núcleo duro dos direitos mais básicos, considerados de primeira dimensão, do qual deriva uma série de outros direitos a serem protegidos – como os sociais, trazidos na sequência pelo art. 6º também da Carta Magna.

Ocorre que, todos os indivíduos de um Estado, e aqui em especial o brasileiro, possuem tais direitos garantidos de maneira indistinta, o que torna inevitável que tais direitos colidam entre si, não raro acontecendo que um invada a esfera de proteção do outro. A proteção fornecida pelos direitos é multifacetada e no

² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 47.

mais das vezes simultânea, seja para o sujeito individualmente considerado, seja nas relações entre as pessoas, o que torna importante um estudo cuidadoso tanto da amplitude quanto das limitações das garantias fundamentais – as quais, registre-se, apesar de sua importância ímpar, não são absolutas.

No caso específico da prisão preventiva, o conflito aparente que se percebe, por exemplo, é materializado nos casos em que o direito à liberdade de um indivíduo esteja sendo respeitado ao mesmo tempo em que o direito à segurança pública de outro sujeito pode estar sendo violado.

Tomando-se em conta o crescente nível de complexidade da sociedade, e as potenciais colisões entre direitos que se apresentam, faz-se necessário, para se evitarem soluções arbitrárias e reducionistas, que, em se tratando de prisão preventiva, tanto o direito à liberdade quanto à segurança pública sejam cuidadosamente esmiuçados, analisados e cotejados, a fim de que seja encontrada quase que uma justa medida para o equilíbrio e a convivência mútua, sacrificando-se ou mitigando-se direitos apenas na estrita medida da necessidade.

2. Direitos fundamentais: noções gerais e técnicas de compatibilização em caso de conflito

Os direitos fundamentais costumam ser classificados pela doutrina jurídica a partir da ideia de “gerações” ou “dimensões”, as quais representam conjuntos de direitos que, em momentos históricos específicos, foram paulatinamente tidos como de singular importância.

Em apertada síntese, é possível que os direitos fundamentais sejam³: i. de primeira dimensão, que são os direitos de natureza individual e ligados à ideia de não-intervenção do Estado; ii. de

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva e que demandam prestações estatais positivas; iii. de terceira geração, que são as garantias que remetem a ideais de solidariedade e fraternidade; iv. de quarta geração, que são os direitos que se referem à pluralidade e diferenças entre as pessoas; e v. de quinta geração, direitos defendidos especialmente por Paulo Bonavides, e que consagram a noção de paz mundial. Para o escopo de análise do presente trabalho, interessam especialmente os direitos de primeira e segunda geração, que são aqueles que garantem liberdades individuais e sociais, respectivamente.

Os direitos de primeira geração possuem uma raiz histórica bastante ligada ao pensamento liberal-burguês do século XVIII. São eminentemente centrados em ideais de liberdade, abrangendo também direitos civis e políticos. Um dos traços mais importantes desses direitos é sua subjetividade, já que o titular deles é o indivíduo, que precisa ser garantido em face do Estado. A atuação estatal, então, sob a ótica dos direitos de primeira geração, deve ser limitada, de modo que o indivíduo não se veja cerceado.

Os direitos fundamentais de segunda geração, ao seu turno, têm origens históricas que remontam a Revolução Industrial no século XIX. São direitos de ordem social, cultural e econômica, de titularidade coletiva e que exigem uma prestação material efetiva por parte do Estado.

Sob a perspectiva de que as gerações de direitos fundamentais se somam e não se substituem, e considerando-se que nem a história nem o desenvolvimento social são lineares e a classificação geracional dos direitos serve apenas para fins didáticos, facilita-se a compreensão dos aspectos que conduziram à sua paulatina consagração e positivação.

Mas o que acontece no mundo dos fatos, para além de quaisquer classificações doutrinárias e normativas, é que tanto a titularidade quanto a necessidade de efetivação desses direitos – de primeira a quinta geração – se sobrepõem todo o tempo, seja nas

hipóteses em que há uma convivência pacífica, seja nos casos limítrofes, quando o conflito é inevitável.

2.1 Direito à liberdade

Tomando como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Norberto Bobbio⁴ rememora que o direito à liberdade era lá descrito, no art. 3º, como o “poder de fazer tudo o que não prejudique os outros”. Entretanto, o autor também ressalta que já no art. 5º, *contrario sensu*, a liberdade é “definida implicitamente como o direito de fazer tudo o que não é nem proibido nem ordenado, definição bem mais clássica, na qual a liberdade é entendida como negativa”⁵.

Tratam-se, então, de definições que primeiro pensavam na relação dos indivíduos uns com os outros, e depois no indivíduo em face do poder estatal. Ponderando tais dados históricos, Bobbio entende que a liberdade do art. 5º não seria a melhor definição de todas, já que trata da hipótese apenas de uma violação do direito, e não da garantia jurídica em si. Na Declaração, deveriam ter sido consideradas a definição de liberdade implícita na fórmula “ninguém é obrigado a nada que a lei não ordene” (garantia em face do Estado) e também a previsão do art. 6º, que estabelece que “todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou através de seus representantes para a formação da lei”, sendo essa a liberdade positiva ou liberdade como autonomia⁶. Nesse último sentido, da autonomia, é interessante ressaltar que “a liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que acontece desde a Magna Carta”⁷.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 52.

⁵ *Ibidem*. p. 52.

⁶ *Ibidem*. p. 53.

⁷ *Ibidem*. p. 53.

Tal resgate conceitual é importante porque, em maior ou menor medida, ainda há uma herança estrutural a respeito do princípio da liberdade que, mesmo tendo recebido conformações diferentes ao longo da história, ainda assim manteve sempre a mesma ideia de fundo: garantir o indivíduo em face do aparato estatal, bem como assegurar-lhe a possibilidade de exercer pessoal e individualmente sua liberdade.

Na definição de José Afonso da Silva⁸, a liberdade é tida como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, ou seja, é um direito fundamental que conta com um viés interno e um externo.

A dimensão interna é subjetiva e faz referência à mera manifestação de vontade na esfera interior do indivíduo, enquanto a dimensão externa se refere às efetivas exteriorizações do arbítrio, de modo genuíno, sem coerções ou limitações.

O ponto decisivo da liberdade externa é que ela é objetiva e ligada a limitações legais em um contexto de vida em sociedade. Afinal, o exercício da liberdade externa de modo indiscriminado por um indivíduo pode significar ofensa à liberdade (interna ou externa) de outro.

No caso da prisão, que é materializada pela restrição da liberdade, a maior mácula e aparente conflito entre direitos fundamentais recaem sobre a liberdade de ir e vir, isto é, de locomoção.

2.2 Direito à segurança pública

A segurança pública, direito fundamental eminentemente difuso, consiste na prerrogativa que os indivíduos de uma sociedade possuem de sentirem-se protegidos, sensação que decorre de prestações materiais de políticas públicas por parte do Estado.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232.

Na Constituição Federal de 1988, a segurança pública aparece consagrada no art. 6º, e pormenorizada no art. 144, que define os órgãos estatais que serão mobilizados em prol da “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Da leitura da Lei Maior, se depreende que o constituinte tratou da segurança pública como um direito social a ser concretizado pelo Estado, que, conforme definição weberiana, deteria “o monopólio da violência legítima”⁹.

Em uma sociedade permeada por um constante sentimento de temor em razão de constante violência, além de um direito fundamental que deve inequivocamente ser garantido a todos indistintamente, é mandatário que a segurança pública seja analisada com cuidado pelo juiz, o qual, em vez de ceder ao clamor popular, precisa, sem desconsiderá-lo por completo, se manter sóbrio na ponderação dessa garantia na hipótese de impasse frente a outros direitos – como a liberdade.

3. Limites dos direitos fundamentais e classificação das normas

É preciso pensar nos limites e restrições dos direitos fundamentais, e para responder essa problemática duas são as teorias principais: a interna e a externa.

A teoria interna, que conforme registra Virgílio Afonso da Silva¹⁰, enunciada pelos franceses Planiol e Ripert, se funda na máxima de que “o direito cessa quando o abuso começa”. Sob essa ótica, o direito já traria em si mesmo seu próprio limite, de maneira imanente, de modo que “a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos”¹¹.

⁹ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967. p. 98.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

¹¹ *Id. Ibidem*. p. 128.

É, portanto, uma definição prévia do conteúdo do direito, que contém em si o próprio limite. A consequência lógica disso é: “toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*”¹². As limitações imanentes significam que existem sim limites, os quais são definidos implícita ou explicitamente, pela própria Constituição.

A teoria externa, por sua vez, entende que de um lado existe o direito em si, e de outro as restrições desse direito. Somente a partir do paradigma da teoria externa é possível falar em colisão de princípios, na qual um cederá em favor do outro sem, contudo, afetar sua validade ou extensão. Então, “as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício”¹³.

Formalmente, é pelas regras (objetivas, positivadas) que tais restrições são levadas a cabo, ao proibirem “alguma conduta que é permitida *prima facie* por algum direito fundamental”, ou então “autorizam alguma ação estatal cujo efeito é a restrição da proteção que um direito fundamental *prima facie* garantia”¹⁴. Mas, materialmente, eventuais limitações têm sempre por base *princípios*. Nesse contexto, o princípio (ou postulado) da proporcionalidade é a principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais.

Intuitivamente, a restrição se faz necessária na hipótese de colisão entre princípios, hipótese em que um deles terá que ser restringido. E pode ser que não exista nenhuma regra que determine o caminho a ser tomado, cabendo ao juiz, no caso concreto, definir qual princípio deverá prevalecer.

¹² *Id. Ibidem.* p. 129.

¹³ *Id. Ibidem.* p. 138.

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 141.

Os direitos fundamentais são, por excelência, também princípios. Mas nem todos os dispositivos legais ou constitucionais o são, convivendo ao lado das regras. A partir dessa constatação, surgiram tentativas de conceituar os tipos de normas existentes, especialmente a partir do binômio princípios/regras.

Na definição de Robert Dworkin¹⁵, princípios são dotados de uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) ou importância. Eles não determinam de maneira absoluta a decisão, mas sim conferem fundamentos que devem ser levados em conta. Na hipótese de colisão, um princípio prevalecerá sobre o outro, sem que isso mitigue a validade do princípio que teve sua eficácia diminuída. As regras, diversamente, para Dworkin¹⁶, são aplicadas segundo a regra de “tudo ou nada” (*all or nothing*), de modo que, no caso de colisão, apenas uma regra será aplicada, e a outra será considerada inválida.

Já Alexy, tendo as considerações de Dworkin como ponto de partida, compreende que “os princípios consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”¹⁷.

Portanto, Dworkin propõe uma distinção tendo por base a estrutura lógica, enquanto Alexy funda seu critério de diferenciação no modo de aplicação das normas. Tais conceituações são sólidas, bem estruturadas e até hoje norteiam muitos dos raciocínios no âmbito da teoria do direito. Entretanto, pensar em institutos do processo penal, como a prisão preventiva, demanda uma análise mais concreta, sendo interessante, nesse aspecto, a contribuição doutrinária de Humberto Ávila

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

¹⁶ *Id. Ibidem*. p. 39

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 57.

Analisando as principais distinções já elaboradas acerca da conceituação de normas e princípios, Humberto Ávila assevera que os critérios de diferenciação são relevantes “na medida em que permitem verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo em que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”¹⁸, mas deixa claro que mais critérios precisam ser estabelecidos, a fim de precisar a diferenciação entre princípio e regra.

Conforme demonstra o autor, o conteúdo das normas nasce apenas a partir da interpretação do operador do direito, de modo que “as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, então não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”¹⁹. E arremata:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”²⁰.

Um dos pontos relevantes da teorização de Humberto Ávila reside, precisamente, na possibilidade de contextualização da

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 61.

¹⁹ *Id. Ibidem.* p. 54.

²⁰ ²⁰ *Id. Ibidem.* p. 102.

problemática em estudo no âmbito da esfera processual penal, mediante uma atividade de “reconstrução interpretativa”:

“O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”²¹.

O autor intenta deixar claro que regras e princípios não estão escalonados em ordem de importância, existindo simultaneamente para o bom funcionamento de um sistema. Assim como um sistema composto unicamente por regras tenderia a uma rigidez prejudicial, um modelo preenchido apenas por princípios tenderia a uma flexibilidade excessiva, nociva a qualquer pretensão de segurança jurídica.

A proposta de Ávila, então, é no sentido de que as duas espécies de normas sejam nitidamente separadas, propondo, em relação às regras, um modelo “moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastar a sua extraordinária superação”, ao tempo em que para os princípios, sugere um “modelo criterioso de aplicação de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras eventualmente aplicáveis”²². Com isso, o autor chega a uma constatação bastante interessante e que pode ser muito bem recepcionada no processo penal, esfera em que a luta para o afastamento de critérios arbitrários deve ser sempre constante:

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 54.

²² *Id. Ibidem*. p. 148.

“O problema da aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio”²³.

4. Delito, pena e direitos fundamentais

No estudo da relação entre crime e punição, uma contribuição bastante interessante é a de Hassemer²⁴, que aponta para o fato de que delito e pena se constituem como duas faces de uma mesma moeda, o que culmina na conclusão de que o ciclo vicioso entre delito e pena não é passível de rompimentos.

Com isso, o autor pretende afirmar que a pena deve sim existir, o que não é sequer uma construção abstrata e distante, mas uma opinião generalizada e aceita pela sociedade de modo geral.

Sob essa ótica, então, na vida cotidiana de qualquer sociedade existe a ideia de “controle social”, conceito que pode ser resumido no tripé “viver com normas sociales; sancionar desviaciones con estas normas; y observar, para estos efectos, determinadas normas de procedimiento”²⁵.

Essa contribuição é importante na medida em que torna evidente que as normas – sejam elas expressas ou tácitas – regem o comportamento humano, notadamente em *uma lógica de expectativa de cumprimento*, a qual gera, por sua vez, a *sensação de segurança* sem a qual os grupos sociais estariam fadados ao caos.

Tal segurança pode ser vista sob dois aspectos: o positivo, que se relaciona com a estabilização da norma, e o negativo, que se

²³23 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 54. p. 149.

²⁴ HASSEMER, Winfried. **Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. Revista Penal: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012. p. 31.

²⁵ *Id. Ibidem*. p. 32.

refere à necessária punição quando da quebra das expectativas de cumprimento da norma.

Nesse sentido, é possível inferir que a punição não é única e exclusivamente um mal, mas antes disso é a resposta dada a uma lesão normativa pretérita – resposta esta que precisa estar nitidamente direcionada a uma quebra de expectativa específica, bem como deve guardar uma relação de equilíbrio com o dano causado, de modo a proporcionar que a infração normativa e a punição se limitem mutuamente.

A noção de controle social do citado penalista alemão explica de modo bastante concreto a necessidade de mecanismos que garantam o respeito à norma, sendo a pena a ferramenta mais adequada para a persecução de tal fim.

Estabelecida a pena como necessária, torna-se importante a fixação de parâmetros racionais mínimos para se pressupor legítima a prerrogativa que um indivíduo (agente estatal) possua de punir outro.

Como se sabe, é comum a noção de pena como *retribuição*, de base filosófica fortemente estabelecida no idealismo alemão, a partir da ideia de se “retribuir o mal pelo mal” - pela devolução do mal causado, se alcançaria a justiça. Outra ideia adotada até hoje, consideravelmente mais sofisticada do que a lógica retributivista, é a noção de pena como *prevenção* (dividida em geral e especial), segundo a qual, em um Estado racional, não pode haver meramente a ideia de vingança punitiva, devendo o aparato estatal cumprir uma função social, atuando na prevenção de delitos e aplicando penas para que os valores sociais negados pela prática do crime sejam reforçados.

Um dos defensores vanguardistas da ideia de prevenção foi o italiano Cesare Beccaria, que entendia que:

“Eis, estão, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as

penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos”²⁶.

A dicotomia entre liberdade e segurança, então, já começa a ser observada de maneira mais concreta. De um lado há um conjunto de pessoas que precisa ter sua segurança assegurada; de outro lado há um indivíduo que, a despeito de ter cometido um delito, precisa ter sua liberdade assegurada (em maior ou menor medida); e no meio de tal embate há o Estado, que precisa posicionar-se de maneira a sacrificar o menor número possível de direitos.

Entretanto, aqui não se pretende desenvolver o debate acerca da necessidade ou não de pena para os casos de cometimento de delitos. A pena de prisão é restrição evidente do direito fundamental de liberdade, restrição esta que é aceita pela sociedade, mas que nos próprios moldes constitucionais é destinada primariamente aos casos em que o indivíduo tenha sido condenado por sentença penal condenatória transitada em julgado, raciocínio que decorre da principiologia da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, sendo a prisão preventiva decretada sem que o indivíduo tenha sido condenado por sentença irrecorrível, a colisão entre direitos fundamentais torna-se ainda mais evidente, reforçando a relevância da discussão proposta neste estudo.

Resgatando-se o ensinamento de Hassemer quanto à sensação de segurança, relacionada à estabilização da norma e à necessidade de punição quando da quebra das expectativas de seu cumprimento, o que acontece hoje é a utilização, mesmo que não consciente, da teoria em exame no que toca à prisão processual.

Explica-se, valendo-se de lições de Ferrajoli: com a introdução de inúmeros benefícios legais e a flexibilização da pena, acabou-se por legitimar, em termos teóricos, a manutenção de penas elevadíssimas e, em termos práticos, a revogação de penas mais sérias, prevendo sua redução na fase de execução, o que gera

²⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

uma incerteza da pena e a ruptura de correspondência entre pena edital e pena descontada, o que é elevado com o arbítrio extra-jurisdicional na fase de execução²⁷.

Dessa forma, diante de um crime grave, espera-se a prisão do agente. Todavia, em razão da flexibilização pós condenação, o que acaba ocorrendo é uma total inversão da ordem das coisas, com prisão durante o processo e a soltura depois da sentença, mesmo que condenatória.

É o que acontece, dia sim e dia também, quanto ao crime de tráfico de drogas, o qual apesar de ser equiparado a hediondo, tem tido resposta estatal menos rígida, principalmente por interpretações jurisprudenciais. Assim, juízes, sabendo que, após a sentença, será incabível a prisão, para estabilizar a norma e punir o indivíduo diante da transgressão, acabam por se valer da prisão durante o processo, num contrassenso que contraria qualquer lógica.

Trata-se de hipótese de colisão entre direitos fundamentais muito sensível, da qual decorrem críticas de toda sorte (e de todos os lados) quanto ao instituto da prisão preventiva.

De qualquer forma, em um Estado de conformação democrática, mesmo o sujeito que realiza uma conduta típica não perde seu *status* de cidadão e precisa ter seus direitos individuais respeitados. Porém, como já tratado, nenhum direito é absoluto, cumprindo analisar, então, diante do caso concreto, quais são os requisitos necessários para que a ponderação de direitos fundamentais seja realizada de maneira minimamente racional, principalmente em um momento processual tão incerto como aquele que geralmente serve de pano de fundo à prisão preventiva.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 37.

5. Prisão preventiva como instrumento cautelar do processo

Consoante estabelece a norma insculpida no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Como sabido, trata-se de medida cautelar de natureza processual, que como o próprio nome sugere é vocacionada a garantir o regular desenrolar do processo, o que a torna de caráter eminentemente instrumental. A prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento no processo, desde a investigação preliminar até a fase recursal.

Ao lado dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*, consta a exigência de que a prisão preventiva somente pode ser decretada em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Cumprе pontuar, ainda, que por ser uma medida cautelar, a prisão preventiva “não se destina a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento”²⁸.

Estabelecidos analiticamente os principais contornos legais da prisão preventiva, no escopo do presente trabalho cumpre-se analisar também normativamente as especificidades do instituto da custódia cautelar.

Rememorando a distinção já aqui apresentada, fundada eminentemente nas lições de Humberto Ávila, de que as normas se dividem em princípios e regras, estabeleceu-se que na oportunidade de ser materializada a hipótese de incidência de uma norma, a regra é invariavelmente aplicada; ao contrário dos princípios, que no caso

²⁸ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 121.

concreto, em razão de eventuais colisões, podem ceder espaço para outros princípios. Além disso, a regra descreve em si um comportamento que precisa ser necessariamente adotado, enquanto o princípio fornece orientações finalísticas.

Dito de outro modo, a regra é retrospectiva e descreve uma situação já prevista anteriormente pelo legislador, ao tempo em que os princípios são dotados de caráter prospectivo, descrevendo hipóteses que ainda não se materializaram.

Trazendo tais vetores interpretativos para a leitura do art. 312 do Código de Processo Penal, a conclusão alcançada é de que a norma contida no referido dispositivo possui muito mais natureza de princípio do que de regra.

Isto porque, apesar de ser prevista uma hipótese de decretação de prisão que parece certa na última parte do dispositivo (“quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”), fato é que a utilização do verbo “poderá”, seguido de vários conceitos indeterminados como “ordem pública”, “ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e para fins de “assegurar a aplicação da lei penal”, edificam um cenário que impede que a norma seja aplicada de maneira absoluta, na modalidade *all or nothing* – e, portanto, impede que o dispositivo seja entendido como uma regra.

E essa aplicação absoluta é impedida seja pela não imposição que o verbo inicialmente faz ao juiz, seja pelo fato de os dois primeiros fundamentos de decretação de custódia cautelar (ordem pública e ordem econômica) serem expressões semanticamente vazias.

Fosse o dispositivo construído no sentido de que “será²⁹ decretada prisão preventiva”, e então seguido dos requisitos objetivos de conveniência da instrução ou à intenção de assegurar a aplicação da lei penal, desse modo seria possível defender que a

²⁹ Foi a forma prevista no artigo 312 do CPP, em sua versão original, o qual estabelecia que: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

prisão preventiva enquanto instrumento processual se trataria de norma-regra, e, como tal, não passível de grandes elucubrações processuais.

No entanto, o que acontece, e que possivelmente é a raiz das profundas críticas tecidas à prisão preventiva, é que apesar de ter pouquíssimas características de regra, o art. 312 do Código de Processo Penal acaba sendo interpretado de maneira rasa, e aplicado como se regra fosse.

Ao ser aplicado como regra, o art. 312 do Código de Processo Penal parece não comportar debates de ponderação de direitos (vez que a ponderação seria destinada apenas a princípios), o que faz com que a cuidadosa e necessária compatibilização entre o direito à liberdade e o direito à segurança pública seja simplesmente ignorada, e que uma medida grave como a decretação da prisão de um indivíduo, seja aplicada sem maiores reflexões.

O ponto mais problemático dessa aplicação, é que ela se dá com base em conceitos semanticamente vazios, os quais, convencionados apenas doutrinária e jurisprudencialmente, são ainda um mistério no que se refere a parâmetros objetivos à luz da legislação. Frente a esse vazio semântico, “basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja ‘falsificação’ é inverificável”³⁰.

É sabido que vários indivíduos têm suas prisões preventivas decretadas por decisões que invocam simplesmente a “ordem pública” de maneira genérica, sem sequer explicitarem qual parte de tal etérea ordem pública estaria sendo maculada, em flagrante violação inclusive ao dever de fundamentação das decisões, tido como um verdadeiro “dever constitucional de fundamentação”³¹.

³⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 122.

³¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284.

6. Necessária filtragem constitucional da prisão preventiva

O que se pretende demonstrar é que há substancial confusão na interpretação da norma contida no art. 312 do Código de Processo Penal. Apesar de possuir contornos muito mais assemelhados a uma norma-princípio do que a uma norma-regra, o dispositivo em comento acaba fazendo com que os intérpretes, diuturnamente, esqueçam da disputa patente entre direitos fundamentais que lhe estará subjacente (liberdade e segurança pública), e apliquem a norma de maneira estanque, sem maiores indagações.

Observando analiticamente, o que se percebe é que o instituto processual da prisão preventiva, no mais das vezes, é utilizado com base no que Luiz Alberto Warat chama de “senso comum teórico dos juristas”, isto é, com base em um “arsenal de pequenas condensações de saber, fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder”³².

Com isto se quer dizer que, em grande medida, a prisão preventiva é simplesmente internalizada sem maiores questionamentos a respeito dos valores e direitos que estão em jogo.

Os juízes, normalmente, não se questionam acerca do significado da “garantia da ordem pública”, por exemplo, e sim apenas se valem de argumentações vazias e fundadas e um “máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo e compensar a ciência jurídica em sua carência”³³.

E tal técnica pouco atenta é nociva, já que garantias penais e processuais penais não podem ser mitigadas ou menosprezadas. Como aponta Ferrajoli³⁴, elas “não são outra coisa senão a técnica

³² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei; temas para uma reformulação. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 15.

³³ *Id. Ibidem.* p. 13.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 32.

voltada para minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena”.

Numa lógica democrática, não é possível que haja tanto espaço para o arbítrio. Tomando-se em conta a lição de Zaffaroni, e em vez de esconder raciocínios jurídicos atrás de um clamor público por uma segurança genérica e abstrata, precisamos aceitar que “a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida”³⁵. Mas não deve haver conformação com essa constatação, e sim a busca por critérios objetivos para transformação da realidade.

É preciso que os operadores do direito tomem como mastro a Constituição, se amarrando a ela para empreenderem qualquer tipo de análise. Somente assim seria possível interpretar o art. 312 do Código de Processo Penal de maneira normativamente correta, isto é, na condição de norma-princípio, a fim de que se estabeleçam, a partir daí, requisitos concretos e objetivos para a decretação de custódias cautelares.

7. Considerações finais

Uma breve análise das produções doutrinárias recentes revela que muito se fala sobre a prisão preventiva, de maneira eminentemente crítica, mas pouco se reflete sobre esse instituto a partir de perspectivas jurídicas distintas.

A crítica processual penal no sentido de que a prisão preventiva se trata de uma medida cautelar com requisitos muito amplos, incapazes de tornar a custódia subsidiária como deveria, é de relevância absoluta.

O apontamento para a realidade concreta e precária do cárcere – de superlotação, ausência de condições sanitárias

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 170.

adequadas e descaso governamental –, a qual é, além de tudo, imposta a sujeitos que ainda não possuem uma condenação transitada em julgado, traz debates inegáveis sobre a justiça. Até mesmo do ponto de vista constitucional, é possível que se pense a respeito da compatibilização entre prisão preventiva e preceitos como a presunção de inocência

Entretanto, um espaço que parece ter sido deixado de lado nas reflexões acerca da custódia cautelar é o da teoria do direito, campo que possui muitas contribuições a serem consideradas.

Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é composto por dispositivos legais, surge a conclusão de que tais dispositivos possuem em si insculpidas normas, as quais podem ser entendidas como regras ou como princípios.

As regras possuem caráter eminentemente descritivo e possuem pretensão de decidibilidade, enquanto os princípios são normas finalísticas, com vocação de complementaridade.

Tais distinções não são meramente abstratas e descoladas da aplicabilidade concreta do direito, motivo pelo qual precisam ser cuidadosamente consideradas frente ao caso concreto, quando da interpretação do art. 312 do Código de Processo Penal, já que o tratamento dispensado à prisão preventiva é sensivelmente distinto na hipótese de ser considerada regra ou princípio.

As regras, justamente por seus contornos de aplicabilidade de “tudo ou nada”, não comportam grandes debates acerca de ponderação entre direitos, o que não acontece com os princípios, que são destinados a governar precisamente espaços de conflitos entre direitos fundamentais por excelência.

Analisando-se criticamente o dispositivo processual da prisão preventiva, o que se verifica é que ele possui muito mais contorno de norma-princípio do que de norma-regra. Não obstante, o que se percebe é que os operadores do direito usualmente não entendem como relevantes os contornos do art. 312 do Código de Processo Penal, tornando o debate quase

desprezado e sem preocupação com limites para ponderação entre direitos.

Nesse sentido, entende-se que é prudente fazer também uma análise normativa da prisão preventiva, a fim de que os juízos acerca do instituto não se baseiem apenas em raciocínios superficiais. Afinal, todo raciocínio genérico e maniqueísta tende a cair em equívocos crassos.

Entender-se peremptoriamente descabida a prisão preventiva em todos os casos fere a segurança pública. Acreditar-se que deva ser decretada em qualquer caso também fere a liberdade.

São, então, direitos fundamentais colidentes em uma previsão normativa, igualmente importantes e que precisam ser tratados com sensibilidade pelo intérprete, especialmente pelo magistrado. E tal tratamento cuidadoso somente será possível quando o instituto da prisão preventiva começar a ser lido, normativamente, não como uma regra simplista e de aplicação absoluta, mas sim como uma norma que contém princípios, os quais devem ser examinados e ponderados no caso concreto.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- HASSEMER, Winfried. **Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. Revista Penal: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.
- JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei; temas para uma reformulação**. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

Direito, Poder, Estado: um contraponto à “crítica foucaultiana” em tempos de pós-modernidade

Luiz Augusto da Silva¹

1. Introdução

Direito, poder e Estado: três categorias cujo profundo entrelaçamento histórico, inaugurado com o advento da Modernidade, condiciona a maneira pela qual se concebe a teoria jurídica, seu objeto e a sua função enquanto saber explicativo da sociedade. De fato, o grande projeto moderno, se for possível sintetiza-lo numa frase, reside precisamente aí: buscar *tornar jurídico o poder do Estado*. Acreditava-se que a submissão do Estado às amarras do Direito se mostraria suficiente para conter o poder soberano, cuja tendência seria desvirtuar-se em poder totalitário e opressor – esse era o valor político subjacente à própria ideia moderna de “Estado de Direito”². Com isso, estariam assegurados, contra os abusos de um poder extroverso, os direitos

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (BR). Advogado em Curitiba, Paraná (BR). E-mail: luiz.augustosilva26@gmail.com.

² “O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos.” (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96).

e as liberdades fundamentais dos cidadãos. O Estado moderno – ao menos em termos de modelo teórico – se faz verdadeira *criatura jurídica*; ele condensa, na imagem da sua soberania, todo o poder social, que se institucionaliza, se racionaliza e se expressa através de seu Direito por excelência – a lei.

Muito contribuiu para revelar o caráter dissimulador por detrás dessas concepções a obra de Michel Foucault (1926-1984). Suas análises em torno do fenômeno do poder e do Estado não cansam de inspirar reflexões, especialmente no campo do Direito. Com base nas noções de “poder disciplinar”, “biopoder” e “normalização” – todas centrais em Foucault – muitos estudiosos do Direito tem atacado a teoria jurídica legada pela Modernidade direto em suas raízes: existem, afinal, diversos poderes *para além* do poder do Estado; a lei emanada do Estado – prosseguem –, pretensamente democrática, *não é* fruto de uma razão imanente a ele, e aparece impregnada de uma série de estratégias normalizadoras de disciplina e de biopolítica. Chamaremos essa vertente teórica, correndo o risco de fazer alguma simplificação, de “crítica foucaultiana” do Direito.

Mas não iremos aqui acompanhar os críticos – ao menos não totalmente. Este artigo procura trazer, num modesto convite ao debate, um contraponto a essas críticas. Eis a argumentação a ser desenvolvida: o Direito – e, por consequência, suas relações com o poder e com o Estado – já não apresenta aqueles mesmos traços que lhe foram a marca na Modernidade (séculos XVII-XIX). Ou, pelo menos, ele apresenta atributos novos que vieram a se somar e a modular a configuração dos antigos, oitocentistas: algo que se tem identificado, sobretudo com base nos trabalhos de um teórico do Estado conterrâneo de Foucault, Jacques Chevallier (1943-), como a “pós-Modernidade” do Direito. A teoria jurídica se defronta com outros desafios – de modo que sua “crítica foucaultiana” deve também renovar-se, e passar a se dirigir a esse paradigma inovador de Direito “pós-moderno”.

2. O poder para foucault: poder disciplinar e biopoder

Para compreender o que se denomina de “crítica foucaultiana” do Direito, é preciso, antes, tecer algumas considerações sobre a ideia de *poder* no pensamento de Michel Foucault. Não é a proposta do artigo fazer glosa detalhada dos textos do filósofo francês³. O que interessa, particularmente, são as suas análises sobre o que ele identifica como sendo duas “tecnologias de poder” distintas, as quais conduzem a uma observação mais geral sobre como o poder se manifesta nas esferas de relações sociais. Seguindo o percurso teórico empreendido pelo próprio Foucault, trata-se do “poder disciplinar”, descrito na obra *Vigiar e Punir* (1975) e do “biopoder”, ou “biopolítica”, discutido numa das aulas proferidas durante seu curso ministrado no Collège de France entre 1975 e 1976, e posteriormente compiladas no livro *Em Defesa da Sociedade*.

Vamos a elas. Tanto a disciplina quanto a biopolítica operam tendo como referência uma “norma”. A *norma*, em Foucault, não possui o significado que os versados no Direito estamos acostumados a manter em mente – de “norma jurídica”, regras de observância obrigatória resultado de um texto sancionado pelo Estado. Bem mais difusa e etérea, a “norma” é apenas um padrão, uma média, um referencial a ser seguido, discursivamente definido. Buscando conformar o indivíduo aos critérios estabelecidos pela “norma” – torna-lo “normal”, “normalizá-lo” – é que emergem as “tecnologias de poder”. São poderes “positivos”, na medida em que suas funções não se restringem a simplesmente limitar as condutas individuais (limites “negativos” à conduta), mas de fato moldam, condicionam, permeiam, em nível constitutivo, as subjetividades⁴. Tudo isso faz com que se vivencie, desde a Modernidade, uma verdadeira *sociedade de normalização*.

³ Para isso, remete-se o leitor aos trabalhos específicos indicados nas referências bibliográficas.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 59-60.

2.2 O poder disciplinar e o controle sobre os corpos

A primeira dessas tecnologias é o *poder disciplinar*. Ao estudar o nascimento das prisões, Foucault constata que as sociedades modernas, ao longo do século XVIII, tornaram-se sociedades eminentemente marcadas por estratégias de *disciplina*: uma técnica de poder voltada ao “bom adestramento” individual; ela incide sobre os *corpos* dos indivíduos, buscando moldá-los de acordo com os padrões normalizadores. A disciplina, pois, segundo Foucault, “separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes”, ao que complementa que “a ‘disciplina ‘fabrica’ os indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.”⁵ São inúmeras as instituições sociais de cunho fortemente disciplinar identificadas por Foucault: escolas, quartéis, hospitais, asilos, fábricas e, é claro, as prisões.

O poder disciplinar se vale de três instrumentos principais: (i) a vigilância hierárquica, (ii) a sanção normalizadora e (iii) o exame. A *vigilância hierárquica* faz presente o poder por meio do olhar constante, generalizado e anônimo sobre os indivíduos. Opera-se especialmente através da arquitetura específica das instituições disciplinares: exemplos emblemáticos, descritos por Foucault, são os acampamentos militares, as escolas e hospitais edifícios, e os panópticos das prisões⁶. Em todas elas, a disposição espacial dos corpos é feita de tal modo que, sobre eles, incidem incessantemente os olhares da vigilância.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42^a ed. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 167.

⁶ “A vigilância se torna um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42^a ed. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 172).

A *sanção normalizadora*, por sua vez, consiste num “pequeno mecanismo penal” no interior das instituições disciplinares: são castigos aplicados em face dos desvios de comportamento, do desvio em relação às regras. Possui função não de vingança contra o infrator, mas de efetiva correção das condutas (daí a ênfase dada às punições de aprendizado intensificado, pela repetição da tarefa inicialmente descumprida). Sobressaem também sanções “premiais”, incentivos, honorarias, que permitem classificar e hierarquizar os indivíduos segundo critérios de “bons” e “maus” – leia-se, mais ou menos conformes à “norma”⁷.

Por fim, o *exame*, combinando as técnicas de vigilância e de sanção, é o momento no qual se qualifica, classifica e pune o indivíduo desviante da norma. Aqui ocorre a máxima individualização do sujeito, que é analisado e descrito numa linguagem técnica: ele se torna um “caso” específico, a ser relatado e documentado em todas as suas especificidades para posterior comparação com a “norma”. O ritual do exame inverte a economia da visibilidade no exercício do poder, colocando no centro dos holofotes o próprio sujeito examinado. Em suma, mediante o procedimento do exame, “cada uma recebe como *status* sua própria individualidade.”⁸

2.2 A biopolítica e o controle sobre as populações.

Mas não é só através da disciplina – do controle sobre os corpos individuais – que se manifesta o poder no interior da sociedade de normalização. Desde a segunda metade do século XIX,

⁷ “A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42^a ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 179-180).

⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42^a ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 187.

diz Foucault, aparece uma nova tecnologia de poder, orientada não mais ao controle dos corpos, do indivíduo em si, e sim às populações inteiras – ao homem enquanto ser biológico vivente, à *vida*. É o surgimento do que o filósofo chama de *biopolítica*, ou *biopoder*⁹.

Preocupa-se, a biopolítica, com o ser humano tomado como membro de uma “massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida”: taxas de nascimento e de óbito, taxas de reprodução, de longevidade, índices de incidência de doenças endêmicas sobre determinados grupos, acidentes de trabalho, para mencionar alguns exemplos¹⁰. E os objetivos biopolíticos, os propósitos almejados pelo biopoder, naturalmente são correlatos ao caráter dos fenômenos aos quais seu olhar se volta: não se trata de conformar os corpos, como na disciplina, mas sim de regular – ou melhor, de *normalizar* – certos aspectos globais da existência humana, como diminuir as taxas de fecundidade e mortalidade, reduzir a ocorrência de doenças, ou aumentar a expectativa de vida. Significa dizer, por tudo isso: a partir do século XIX, a vida converte-se em verdadeiro *problema político fundamental*, a ser endereçado e conformado pelas estratégias de poder.

O instrumental da biopolítica não reside mais na vigilância hierárquica, na sanção normalizadora ou no exame – essas são técnicas da disciplina, por vocação direcionadas a agir sobre o corpo do sujeito. O biopoder, por se referir aos acontecimentos gerais da espécie humana, se vale de instrumentos de qualidade também geral: ele é exercido principalmente através de previsões, de estatísticas, dos sensos demográficos e das medições globais. Desenvolvem-se outras ferramentas orientadas a exercitar o controle e o direcionamento sobre a população, de igual modo sutis; porém, talvez de maneira mais intensa, economicamente

⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 289-290.

racionais. São as várias formas de assistência social maciça, politicamente organizadas: seguros, poupanças individuais e coletivas, instituições de previdência, tratamentos medicinais de massa¹¹, etc. Enfim, se o poder soberano, na tradição política clássica, era aquele capaz de “deixar viver e fazer morrer” os seus súditos, com o biopoder essa relação altera os polos: trata-se agora de “fazer viver e deixar morrer”¹².

No mais, note-se que – e o alerta é feito pelo próprio Foucault – o poder disciplinar e o biopoder não são estratégias mutuamente excludentes, e que tampouco se sucederam no curso da história, uma tomando o lugar da outra. Pelo contrário, cada uma delas opera em diferentes planos – a disciplina, no plano do corpo individual; o biopoder, no plano das massas das populações – sendo que ambas passaram a conviver entre si¹³. A disciplina e biopolítica, juntas, configuram a intrincada rede de relações de poder a que estão submetidos constantemente os indivíduos na sociedade de normalização.

2.3 Síntese parcial: o poder como relação

Aí estão, em breves linhas, poder disciplinar e biopolítica: duas tecnologias de poder, duas estratégias de normalização que conformam e constituem os sujeitos. O ponto central, para os propósitos deste artigo, é chamar a atenção para o fato de que – contra toda uma teorização clássica em torno da soberania – o

¹¹ A propósito, segundo Foucault, a medicina se eleva à condição de saber-poder dos mais eficazes – afinal, todo campo do saber é também tido como uma forma de poder: “Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 31).

¹² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 297-298.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.

Estado não é a fonte única e exclusiva de “emanação” de poder no interior da sociedade. Aliás, o próprio verbo “emanar”, quando se analisa o poder, já está equivocado. Pois o poder não “emana” de lugar nenhum; não é algo que se “tenha” ou que se “titularize”: é, antes, uma *relação*. Com efeito, apesar de suas diferenças de escopo e de instrumentos, se há um fator em comum que liga o poder disciplinar e a biopolítica, ele parece ser o seguinte: os dois funcionam, se exprimem e se operacionalizam independentemente de qualquer instituição oficial, dentre as quais está aquela que, em tese, seria a mais formidável delas – o *aparato do Estado*. Disciplina e biopolítica são técnicas de poder que se *espraiam entre as relações sociais*.

Por isso, não há falar, para Foucault, em nenhuma “essência” ou “ontologia” do poder, pronta para ser descoberta¹⁴. O poder é visto como uma *estratégia*, e não como uma propriedade ou um privilégio. Daí a imprecisão das análises político-jurídicas tradicionais, tão bem denunciada por Foucault, que sempre insistiram em tratar o poder exclusivamente da perspectiva do soberano – como se o rei, “detentor” do poder, o impusesse “de cima para baixo” aos seus súditos, numa relação hierárquica de sentido único. O que existem, na realidade, são redes complexas de *relações de poder*, em constante tensão, travadas entre os indivíduos na vida em sociedade – é o atributo “microfísico” do poder de que fala Foucault: o poder perpassa por todos, sem ser apropriado por ninguém, ele circula, sem assentar-se em lugar nenhum¹⁵. O Estado, pois, representa apenas mais um feixe,

¹⁴ Acolhemos a leitura de Ronaldo Porto Macedo Junior sobre o poder em Foucault: “[...] o poder [para Foucault] não tem essência, não é concebido como uma propriedade (não é como dinheiro que dá poder a quem o possui), nem está localizado em algum lugar. Ele é concebido como uma *estratégia*. [...] O poder não tem essência, é apenas uma *relação*. Por tal motivo, ele não deve ser concebido como sendo fundamentalmente repressivo nem confundido com a violência.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 2(1), pp. 151-176, jan./jun. 1990, p. 158).

¹⁵ “Ora, o estudo desta microfísica [do poder] supõe que o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma *estratégia*, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma ‘apropriação’, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende

limitado e particular, dentro de um universo muito mais vasto dessas relações de poder.

São essas as reflexões de Foucault acerca do poder e do Estado, em especial, que irão exercer forte influência sobre alguns segmentos do pensamento jurídico brasileiro – dando origem ao que se vinha referindo como uma “crítica foucaultiana” do Direito. Agora é o momento de especificar melhor o que se quer dizer com isso.

3 A “crítica foucaultiana” do direito: o poder para além do Estado

Pois bem: em que consiste a crítica? A verdade, como se sabe, é que Foucault nunca se interessou especificamente pelo Direito: existem somente passagens, pistas, em sua obra, que sugerem o que filósofo pensa a respeito dele¹⁶. O que aqui se denomina de “crítica foucaultiana”, portanto, – e é importante deixar isso claro – não é nada que Foucault tenha dito, *ele mesmo*, sobre o fenômeno jurídico (ao menos não explicitamente). A expressão se refere, antes, às teses que uma linha de *juristas*, inspirados pela interpretação que fazem das análises histórico-filosóficas de Foucault, tem elaborado sobre o seu próprio objeto de estudo. Buscam, em síntese, “cortar a cabeça do rei” no campo do Direito – para usarmos a metáfora tornada célebre por Foucault –, seguindo o conselho de que “é preciso *estudar o poder fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania*

nele antes *uma rede de relações sempre tensas, sempre em atividade, que um privilégio que se pudesse deter [...] O que significa que essas relações se aprofundam dentro da sociedade, que não se localizam nas relações do Estado com os cidadãos ou na fronteira das classes e que não se contentam em reproduzir ao nível dos indivíduos, dos corpos, dos gestos e dos comportamentos a forma geral da lei ou do governo [grifamos].*” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 30).

¹⁶ Nesse sentido: “(...) uma pesquisa sobre o direito em Foucault não pode beneficiar-se da precisão e da constância de um objeto que permitiriam um estudo linear. Estamos diante de uma fragmentação, portanto, do objeto.” (FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonade, 2002, p. 19).

jurídica e pela instituição do Estado; trata-se de analisa-lo a partir das técnicas e táticas de dominação [destaques adicionados].”¹⁷

A crítica assume uma dupla conotação, embora nem sempre esse recurso fique bem delimitado no argumento. Refere-se, por vezes, (a) ao próprio *conteúdo* das normas¹⁸ veiculadas pelo Direito (“direito objetivo”, “positivo”, ou linguagem das normas jurídicas); noutras, (b) às premissas político-filosóficas fundantes da *teoria jurídica* (discurso especializado sobre o Direito, ou metalinguagem do Direito)¹⁹. A partir daí, os críticos tomam como foco um modelo de teoria jurídica bem definido, e razoavelmente localizável no curso da história: a Modernidade jurídica, vivenciada especialmente entre os séculos XVII e XIX. E o confronto com o passado é *trazido ao presente*: no geral, esse movimento é levado a cabo pela referência ao fato de que, a despeito da passagem dos séculos, continuamos presos, numa espécie de *path dependence*²⁰, a determinados esquemas de raciocínio jurídico inaugurados na era moderna. Ao que tudo indica, segundo a crítica foucaultiana, também o Direito, enquanto prática social institucionalizada, sofreria de uma dificuldade acentuada para se desvencilhar das práticas modernas, por terem elas sido o paradigma jurídico dominante durante muitos séculos²¹.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

¹⁸ Aqui o termo “norma” já está sendo utilizado em seu sentido propriamente *jurídico*, de regra extraída de um texto de caráter normativo positivado por uma instância institucional, geralmente o Estado.

¹⁹ A bem da verdade, essa é uma simplificação feita para fins exclusivamente didáticos: na prática, é muito difícil distinguir entre argumentos orientados à linguagem jurídica e à metalinguagem sobre o Direito, já que ambas se apresentam como componentes de uma mesma prática discursiva.

²⁰ Expressão empregada sobretudo na literatura neoinstitucionalista do “Direito e Desenvolvimento” (*Law and Development*), aqui utilizada por analogia, para designar a dificuldade de mudanças institucionais decorrente da consolidação de um determinado arranjo de instituições ao longo do tempo (PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, April 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415040>> Acesso em 03/03/2018).

²¹ Por todos, ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, *passim*.

3.1 Crítica ao conteúdo das normas jurídicas

Procedamos em etapas. Quanto ao (a) conteúdo das normas jurídicas, a crítica enfatiza a circunstância de que o Direito não foi, não é e nem nunca será “neutro” ou “racional” em seus comandos, como quis a Modernidade e o jusracionalismo – até porque o Estado formalmente democrático do qual ele provém não é o arauto de uma Razão transcendental. O processo histórico que conduziu àquela essa percepção, moderna, sobre a tríade “Estado, poder e Direito” é conhecido: sendo o Estado a encarnação da *nação*, ele passa a ser o único detentor do poder político legítimo; a normatividade jurídica posta por esse poder, logo, na medida em que reflete a *vontade geral da nação* expressada através do Estado – a lei – reveste-se de uma autoridade intrinsecamente racional, superior e universal²². O Direito, aí, se esgota na lei, que por sua vez é obra do poder político proveniente do Estado.

Contrariando esse discurso de “neutralidade” e “racionalidade”, afirma a crítica foucaultiana: a lei estatal pode ser – e muitas vezes ela é – instrumentalizada, capturada, por mecanismos de poder normalizadores, tanto disciplinares quanto biopolíticos²³. De fato, se, por um lado, é certo que estratégias de disciplina e de biopolítica se expressam em redes intrincadas de relações de poder, sem qualquer interferência *necessária* de um “poder central” institucionalizado (como pretende ser o do Estado), por outro, e não menos importante, não há uma incompatibilidade absoluta entre o mundo “normativo” (normalização) e o mundo

²² COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. **Boletim de Ciências Econômicas**: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, vol. LVII, t. I, pp. 1115-1143. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 1120.

²³ “[...]a lei integra os mecanismos de poder, os quais permeiam nossa sociedade, se apresentando a todo o momento dentro do poder soberano influxos, influências, do poder disciplinar. Ou, em linguagem mais direta (e talvez rasa), o poder disciplinar também se utiliza da lei.” (LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e Norma**: Michel Foucault e a aplicação do direito. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 64).

“jurídico” (poder do Direito e do Estado). Vale dizer: a lei promulgada pelo poder estatal acaba se tornando um veículo de poderes dispersos nas relações sociais – um *artifício normalizador*²⁴. É possível que haja um espectro contínuo de *imbricação e congruência* entre esses dois tipos de poder: o Direito é colonizado por elementos de poder que lhes são externos e muitas vezes independentes, exercendo uma *função normalizadora* sobre os indivíduos submetidos a ele²⁵.

À luz dessa constatação, advém um desdobramento relevante, que se poderia chamar de uma *crítica ideológica* ao conteúdo do Direito moderno. Muitos dos ideais político-jurídicos consagrados pela Modernidade, por focalizarem excessivamente no relacionamento entre o poder do Estado e o cidadão, passam a ser vistos, nesta cadeia argumentativa, como instrumentos encobridores de outras relações de poder mais enraizadas – e talvez, até mais decisivas para a vida das pessoas – que se multiplicam no interior da sociedade.

3.2 Crítica às premissas da teoria jurídica

Passemos à vertente da crítica dirigida à (*b*) teoria jurídica. O problema para os críticos está, essencialmente, na imagem errônea que a teoria desenha do *fenômeno do poder* no seio da sociedade. A tradição jurídica clássica é tida como reducionista, ou mesmo falseadora da realidade, uma vez que se restringe à análise de um poder pretensamente exclusivo e superior: o poder *do Estado*, ou, nas palavras de Foucault, do “poder soberano”. Afinal, a grande

²⁴ FRANÇA, Fábio Gomes. Foucault, o Direito e a Norma: apontamentos para uma reflexão sobre o saber jurídico. *Revista Publius*, São Luís, v.1, n. 1, jan./jun. 2014, p. 12.

²⁵ “A norma (seja o poder disciplinar, seja o biopoder) pode funcionar sem o recurso do direito; o direito também pode funcionar sem que ele seja necessariamente normalizador; mas o direito pode funcionar (e de fato funciona em diversas vezes) articuladamente com uma nítida função de ‘normalização.’” (FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 277).

preocupação no pensamento jurídico-político desenvolvido na Modernidade sobre o poder sempre girou em torno da figura do Estado: quais requisitos lhe conferem legitimidade, como ele exerce seu poder sobre os cidadãos, quais devem ser os limites desse poder, e assim por diante – temas, aliás, que deram as bases para o surgimento, nos séculos XVIII-XIX, de ramos mais “novos” do próprio Direito, como o Direito Constitucional e o Direito Administrativo²⁶.

Noções-chave contidas no Direito moderno (e no respectivo discurso jurídico) como “princípio da legalidade”, “Estado de Direito”, “autonomia da vontade”, “igualdade”, “sujeito de direito”, separação entre “esfera pública” e “esfera privada”, entre “Estado” e “sociedade civil”, revelam-se, no fundo, como abstrações enganosas. Pois em paralelo a esse plano jurídico, povoado pelos sujeitos de direito formalmente livres e iguais, protegidos contra os possíveis abusos de um único “centro irradiador” de poder – o Estado – segue uma existência concreta, de sujeitos reais, marcada por toda uma sorte de relações de poder disciplinares e biopolíticas que constroem sua liberdade de autodeterminação política e intelectual²⁷.

E justamente aí é que estaria, segundo a crítica, a miopia analítica da teoria jurídica moderna: conforme exposto, não é o Estado o “detentor monopolístico” do poder. Existe poder *para além do poder público/estatal*²⁸; existem inúmeras relações de

²⁶ Sobre o tema, ver o magistral trabalho histórico de um dos maiores administrativistas italianos do nosso tempo: CASESSE, Sabino. **Derecho Administrativo: Historia y Futuro**. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, pp. 23-110.

²⁷ ²⁷ “Se de um lado o saber jurídico em geral visualiza o ‘sujeito de direito’ e de ‘poder’ como categorias que estão envoltas em noções como autonomia da vontade, interesse, contrato, igualdade entre as partes, racionalidade, poder do Estado, autoridade legítima, etc. – o que denota uma dívida muito grande com toda a conceptualização em torno do sujeito e do poder feita entre os séculos XVII e XIX –, de outro lado assistimos a um sujeito real cada vez com menos autonomia política, com cada vez menos autonomia intelectual para desatar-se do caráter sistêmico das diversas racionalidades que o envolvem, cada vez mais envolto em dispositivos e tecnologias de poder que o tornam mais controlado disciplinado e ‘normalizado.’” (FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 279).

²⁸ No original: “Not all power is public power”: CRAIG, Paul. Public Law and control of Private Power. In: TAGGART, Michael (org.). **The Province of Administrative Law**. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 204.

poder que constroem os indivíduos fora de suas interações com o Estado, as quais merecem ser desveladas e, em alguma medida, remediadas – aspecto que, na opinião dos críticos, acaba permanecendo às escuras na teorização jurídica.

3.3 Síntese parcial: as distorções no Direito Moderno

Assim, à guisa de síntese, é possível identificar três premissas básicas, representadas por atributos percebidos como os “senso comuns” da teoria jurídica, contra os quais investe a crítica foucaultiana do Direito: (i) a teoria jurídica encara o Estado como fonte única de poder na sociedade, que se expressa através da lei; (ii) esse poder é legítimo, na medida em que emana de um ente racional – a lei promulgada pelo Estado legitimado democraticamente; e (iii) somente o Estado, entidade racional, é fonte de Direito.

A questão que se coloca, a essa altura do desenvolvimento do conhecimento jurídico, é saber se e em que medida toda a construção teórica moderna sobre o poder do Estado e sobre uma lei racional (bem como todos os seus consectários: “legalidade”, “igualdade formal”, “sujeito de direito”, etc.) permanece sendo, tal como aduz a crítica, o *verdadeiro adversário* que ainda hoje se nos apresenta. Aos contrapontos, então.

4 Os contrapontos: a “pós-modernidade” jurídica (ou: de como a crítica precisa acompanhar as mudanças do direito)

É bem verdade que os juristas de hoje somos, em certa medida, ainda legatários daquilo que foi a tradição jurídica moderna. Lidos enquanto parte de uma *crítica histórica* (ou mesmo de uma *historiografia crítica*), os argumentos dos teóricos inspirados em Foucault são absolutamente precisos. Ao encará-los, no entanto, como uma *crítica teórico-filosófica* do Direito, ou seja, uma crítica àquilo que efetivamente se passa *aqui e agora* na

reflexão jurídica – e é isso o que parecem pretender fazer esses autores –, seremos instados a levantar alguns questionamentos relevantes. Estaríamos tão presos assim às concepções herdadas da Modernidade jurídica? Acredita-se, realmente, num Estado plenipotenciário, fonte de um Direito unitário e racional, entregue sob o invólucro exclusivo da lei? Seriam essas as melhores implicações tiradas da atual ordem jurídica positiva? Se sim, então a crítica continua acertando em cheio o alvo; se não, ela precisará se adaptar a novos desafios ainda por serem inteiramente descobertos.

O título deste texto já antecipa parte da resposta: o Direito *mudou*; suas premissas e teorizações *mudaram com ele*. O conceito de Estado e de Direito “pós-Moderno”, elaborado pelo jurista Jacques Chevallier, pode trazer aportes muito úteis para enriquecer ainda mais o debate, dialogando de maneira interessante com algumas das contribuições fornecidas por Foucault sobre o fenômeno do poder.

Antes, todavia, vale um esclarecimento. Cogitar de “pós-Modernidade” é algo que, de imediato, pode suscitar um sem-número de objeções por parte daqueles que não compartilham dessa mundivisão. E nem se teria a pretensão, neste espaço, de adentrar na instigante e inesgotável controvérsia sobre a existência real ou “essencial”, por assim dizer, de uma autêntica “pós”-Modernidade – entendida como superação do paradigma da Modernidade – em confronto com categorias rivais como “hipermodernidade”²⁹, “transmodernidade”³⁰, “Modernidade líquida”³¹, ou até, “Modernidade tardia/reflexiva”³². Usa-se aqui a

²⁹ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

³⁰ Cf. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

³¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. São Paulo: Zahar, 2001.

³² Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 24, 2011; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

expressão para objetivo bem mais simples e direto: trata-se, apenas, de situar metodologicamente a origem teórica dos contra-argumentos a serem esboçados³³.

Nesse sentido, conforme enfatiza Chevallier, a pós-Modernidade a ser discutida, isto é, a pós-Modernidade na vida do Direito e do Estado, *não se refere* a um suposto “fim” da Modernidade. Ela remete, isso sim, a um conjunto bastante heterogêneo de elementos sociais, políticos e econômicos que afetam a configuração do Estado e as suas relações com o Direito. Uns deles são “hipermodernos”, pois “leva[m] ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade”; outros são “antimodernos” mesmo, já que “se desvinculam de certos esquemas da modernidade”³⁴. É dizer: não se sustenta qualquer forma de superação, de evolução linear e pré-definida, entre Modernidade e pós-Modernidade – postura que seria contrária à própria ideia de *complexidade estrutural* que a noção invoca³⁵. O fato é que, quando se trata do trinômio Direito-poder-Estado, o *velho convive com o novo*, e esse *algo novo* tornou-se significativo demais para ser desconsiderado pelas análises jurídicas – inclusive as que se propõem críticas. Confira-se.

4.1 O Direito já não é visto como expressão da racionalidade inerente ao Estado.

Pelo menos desde meados do século XX, com o advento do chamado “Estado providência”, o Direito parou de ser encarado

³³ Feito esse esclarecimento teórico, no restante do texto será dispensado o emprego de aspas no uso da expressão “pós-Modernidade”.

³⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 20.

³⁵ Segundo Chevallier “[...] O Estado pós-moderno é um Estado cujos traços permanecem, precisamente e enquanto tais, marcados pela *incerteza*, pela *complexidade*, pela *in-determinação*: esses elementos devem ser considerados como elementos estruturais, constitutivos do Estado contemporâneo.” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21).

como fruto de uma “racionalidade transcendental”, inerente ao Estado. Com efeito, a partir do momento em que o Estado deixa de ser mero enquadrador de condutas, como pretendeu ser na era Moderna, que assegurava direitos mínimos de propriedade e de *enforcement* dos contratos para viabilizar as livres trocas econômicas – um Estado “guarda-noturno”³⁶ –, passando a intervir diretamente no domínio social e econômico para a implementação de políticas públicas das mais diversas, sua posição se modifica substancialmente: ele desce de seu pedestal de superioridade em relação à “sociedade civil”. Em outras palavras, o Estado perde seu “privilégio da transcendência: a legitimidade *não é mais adquirida de pleno direito*, mas depende da pertinência das ações engajadas [grifou-se]”³⁷. Com isso, a ação pública deixa de ser revestida de qualquer forma de “excelência” *a priori*, devendo *demonstrar sua adequação e conveniência*, caso a caso, no plano dos fatos, quanto aos seus métodos de atuação e, de modo mais acentuado, quanto aos seus *efeitos concretos* sobre o domínio social.

Para o Direito, as transformações são igualmente profundas, e seguem essa mesma linha: na medida em que passa a ser utilizado pelo Estado rumo à consecução de pautas socioeconômicas de cunho interventivo – surge um “direito

³⁶ A expressão exige esclarecimento. Não se deve confundir a postura *ab initio* absentista do Estado moderno em relação à atividade econômica, de “guarda-noturno” das relações interprivadas, com a ideia, que nunca se concretizou na prática, de um Estado “fraco”, “omisso”, ou de qualquer forma desengajado do contexto maior das relações sociais. Conforme destaca o jurista e cientista político alemão Franz Neumann: “O Estado liberal sempre foi tão forte quanto a situação política e social e os interesses burgueses exigiam. Ele travou guerras e reprimiu greves, protegeu seus investimentos com fortes frotas, defendeu e ampliou suas fronteiras com fortes exércitos, estabeleceu ‘paz e ordem’ com a polícia. Ele era forte exatamente naquelas esferas em que precisava e queria ser forte.” (NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 109, pp. 13-87, jul./dez. 2014, pp. 15-16).

³⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121.

intervencionista”, *e.g.*, o Direito Econômico³⁸ –, também ele perde toda a sua aura de racionalidade intrínseca e universal.

Basta observar, a fim de testar o argumento, como os principais atributos formais “inerentes” ao Direito construídos pela teoria jurídica moderna, que dariam a nota de sua racionalidade, sofreram um intenso processo de declínio, e que segue até os dias de hoje: (i) o “direito sistemático” deu lugar a uma *proliferação anárquica de regras* (leis, regulamentos, portarias, medidas provisórias, tratados, decisões judiciais, etc.), ferindo de morte a ideia duma “racionalidade intrínseca”; (ii) a “generalidade” das normas cedeu a um direito cada vez mais *especial e particular*, composto por regras detalhistas e de teor nitidamente técnico (*e.g.*, veja-se o que fazem as agências reguladoras), o que afasta qualquer tentativa de expressar uma “universalidade” normativa; (iii) a “estabilidade” do direito, enfim, perde para a necessidade de *ajustamentos normativos constantes*, por conta do próprio caráter particular e técnico das regras jurídicas, o qual faz delas objeto permanente de obsolescência e posterior substituição, quase que ao calor do momento³⁹⁻⁴⁰.

Quanto à teoria da lei – na era Moderna revestida pela mística da “expressão da vontade geral” –, há tempos foi-se muito de seu encanto: a concepção idealista de democracia representativa, a qual supostamente tornaria o Estado representante da “nação” e conferiria uma legitimidade incontestável às suas leis, foi substituída por uma visão bem mais crítica, desconfiada até, dos mecanismos

³⁸ Sobre a formação histórica de um “Direito Econômico”, de cunho marcadamente intervencionista, conferir os clássicos: LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985; VAZ, Manuel Afonso. **Direito Econômico**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

³⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

⁴⁰ A propósito, pesquisa conduzida pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação apurou que foram editadas, no Brasil, desde 1988, mais de 5,4 milhões de normas (federais, estaduais e municipais), com uma média de 769 normas por dia útil. Disponível em: <<https://goo.gl/VAegvd>> Acesso em 10/02/2018.

democráticos⁴¹. Toma-se a democracia não mais como critério absoluto de legitimação do governo e do Estado, e sim, apenas, como um conjunto de “regras do jogo”, aptas a definir quem governa, e como deve governar⁴² – nada mais sofisticado do que isso. Não se fala mais em “nação” representada como um todo na imagem do Estado: o que há são grupos de interesses mais ou menos articulados, mais ou menos organizados em torno de algum projeto político, que, agindo estrategicamente segundo essas “regras do jogo” democrático, almejam ocupar posições no interior da estrutura governamental⁴³. A lei democrática, aí, emerge como simples produto de uma relação contingente de forças políticas e sociais – e, como tal, sempre passível de contestação em termos de justiça, moralidade, eficiência, e por aí vai.

Resultado disso tudo: o Direito e o Estado passam a ser submetidos à *crítica* persistente em relação aos seus propósitos, aos seus meios e, sobretudo nas últimas décadas (pós-reformas liberalizantes), à sua *eficiência* em termos econômicos. Aquela Razão transcendental – com maiúscula –, típica do jusracionalismo, de que cogita a “crítica foucaultiana” do Direito

⁴¹ “[...] a velha mística da Lei ‘expressão da vontade geral’ perdeu muito de sua credibilidade: a concepção segundo a qual os eleitos nada mais fazem do que falar em nome da Nação cede lugar a uma percepção mais realista e a uma avaliação muito mais crítica das virtudes da democracia representativa.” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 123).

⁴² A esse respeito, tornou-se célebre a definição de “democracia” formulada por Norberto Bobbio: “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. [...] No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles quem compete tomar a decisão.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo** 6ª Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 10-11).

⁴³ Confira-se, dentre todos, o trabalho seminal nesse estilo de teorização mais “realista” da democracia, precursora do que se veio a consolidar como “teoria da escolha pública (*public choice*): DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

moderno, simplesmente *não existe mais*; ela foi substituída pelos testes constantes da *razão prática*, instrumental, concreta, “pé no chão”. Quanto ao ponto, a síntese do próprio Chevallier merece ser transcrita:

A crise da modernidade jurídica implica que o direito não se beneficia mais de uma legitimidade *ab initio*, estando desprovido dos atributos da Razão; [...] ele necessita aportar a demonstração concreta de sua legitimidade, pelo rigor de seus métodos de elaboração e a pertinência de seus efeitos; a Razão jurídica não desaparece mas se transforma em uma Razão prática, fundada não mais sobre o postulado da racionalidade do direito, mas sobre o empreendimento de uma racionalização do que ele é o objeto [...].⁴⁴

O que se extrai desse contexto é que os riscos de estratégias “normalizadoras” de disciplina e biopolítica impregnarem o Direito – que ainda existe, por certo – não ficam mais encobertos por uma suposta racionalidade “transcendente”, quer do Estado, quer do Direito (com destaque para a lei). É raro encontrar atualmente teorizações que sustentem esse tipo de metafísica. Uma hipótese que pode ser desde logo levantada (a depender de testes em trabalhos futuros, estudos de caso, análises legislativas, etc.) é esta: as estratégias normalizadoras que capturam o Direito, hoje, aparecem com um aspecto significativamente mais explícito – porém elas são veiculadas, precisamente, pela *enormidade de “racionalidades práticas” que buscam colonizar o Direito e conferir-lhe uma “legitimidade” segundo seus próprios critérios* (economia, ciência, grupos de interesse, etc.). O grande problema é como identificar os poderes normalizadores e garantir algum grau de autonomia do Direito, quando são tantas as forças que o disputam. A ver.

⁴⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

4.2 O Direito já não encara o Estado como a única fonte de poder na sociedade

Esse seja talvez o ponto central de ataque da crítica foucaultiana em face da teoria jurídica. Seus partidários denunciam-na, com bons motivos, por ter historicamente limitado sua análise ao poder do Estado, como se ele fosse o único “titular” do poder, deixando à margem todas as demais relações de dominação experimentadas pelas pessoas – disciplinares e biopolíticas. E, na Modernidade, essa foi a visão predominante, sem dúvida. Havia um “direito privado” individualista para as relações travadas entre “sujeitos de direito” abstratos, dentro do qual eram formalmente livres e iguais para entabular contratos e exercer comércio, indústria e trabalho como melhor lhes aprouvesse – com toda a carga ideológica por trás desse discurso. Em paralelo, desenvolvia-se um “direito público”, orientado, bem à moda da tradição liberal, pela defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra o poder estatal soberano (com destaque para a Administração Pública). Tudo relativamente simples e delimitado.

Ocorre que, chegado o século XX, essa deixou de ser, em larga medida, a maneira pela qual o Direito pós-moderno opera, tanto em termos de direito positivo quanto de teoria jurídica. O Direito já não mais encara o Estado como a *única fonte de poder* nem como a única ameaça à liberdade dos indivíduos. Com efeito, a existência de autênticos “poderes privados”, não-estatais, foi *constatada e embutida na normatização jurídica*, passando a ser objeto de preocupação detida pelo Direito.

Retomemos, por exemplo, o tema da *summa divisio*, tão combatida pela “crítica foucaultiana”: a dicotomia entre direito público e direito privado – o primeiro, um direito voltado ao controle do poder extroverso e exclusivo do Estado; o segundo, um direito da plena liberdade e igualdade formais entre sujeitos de direito abstratos – passou por *incisivas releituras*. Seria apenas uma meia-verdade afirmar que essas categorias, tal como

concebidas na Modernidade, seguem sendo os atributos centrais da teoria jurídica contemporânea. Ora, com mais e mais intensidade se observa a tendência de certos ramos do Direito, que seriam típicos do “direito privado” – entenda-se, regulamentadores das relações intersubjetivas que não envolvem diretamente o Estado –, para transformar-se num conjunto de regras jurídicas “*disciplinador, condicionador e limitador da autonomia privada e da liberdade contratual*”: em benefício, justamente, da mediação e da estabilização das diversas *relações de poder* que circulam na esfera privada. Postas essas considerações, é certo que “o direito privado pode cada vez menos configurar-se como um sistema de regulação de relações marcadas pela ausência de poder e exclusivamente confirmativo da autonomia privada.”⁴⁵

O gradativo reconhecimento de relações de poder para além das relações com o Estado possui nexos com outro movimento muito particular da pós-Modernidade, mais profundo. Aquela figura do “sujeito de direito” abstratamente livre e igualitário, embora ainda exista (*e.g.*, em alguns campos do Direito Civil ou Comercial), hoje convive com um percurso que Chevallier denomina de “hipersubjetivação”: um dos traços do Direito pós-moderno é, de fato, a retomada do personagem do “sujeito”, só que não mais com aquela tônica abstrata e homogeneizante da Modernidade. Ao “sujeito”, agora, é atribuída ênfase a determinados aspectos específicos de sua individualidade, que passam a ter relevância jurídica: condições de vulnerabilidade, pertencimento a grupos, posições de domínio no mercado, etc.⁴⁶

Significa dizer: surge uma infinidade de outros sujeitos mais “concretos”, participantes de relações de poder e que, nessa condição, são apreendidos pelo Direito. São *consumidores* que reclamam proteção contra as práticas abusivas de fornecedores;

⁴⁵ GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005, p. 276.

⁴⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 134.

são *funcionários e trabalhadores* que dependem de uma proteção qualificada em face do poder do empregador; são *minorias étnicas, sociais e econômicas* que pleiteiam ações afirmativas de inclusão e discriminações positivas por parte do Estado; são *microempresas* que demandam tratamento favorecido para que possam desempenhar suas atividades num mercado povoado por multinacionais; são *acionistas controladores* que devem usar seu poder para direcionar companhias em proveito dos demais acionistas e da coletividade na qual atuam; são *grandes empresas e conglomerados* que exercem poderes quase-regulatórios no mercado e que devem adequar suas condutas aos parâmetros concorrenciais. E os exemplos poderiam seguir.

Recorre-se mais uma vez às palavras do jurista português Pedro Gonçalves, em passagem de sabor pós-moderno cujo impacto e a clareza pedem referência na íntegra:

[...] *há muito tempo que a doutrina identificou áreas de poder no âmbito do direito privado* ('poderes privados'): relações associativas ('poderes associativos'), relações de emprego ('poderes de comando' e 'poderes disciplinares'), relações escolares ('autoridade escolar'), relações econômicas ('poderes de regulação de mercados') são, todas elas, 'relações privadas de poder' que confirmam a exigência de *rejeitar a tese segundo a qual o Estado é a 'omnipotente fonte de poder'*. [...] A privatização dos 'grandes serviços públicos' está na base do aparecimento de novos poderes privados de natureza econômica: 'poderes significativos' e 'dominantes' em mercados de prestação de serviços essenciais para os cidadãos. [...] *O direito privado, ainda que considerado, na sua raiz, um 'direito dos cidadãos', regula, portanto, relações de poder e de autoridade* [...]. A legislação das últimas décadas confirma, claramente, *o aparecimento de um direito privado atento às relações de poder e de domínio entre particulares*, que, de forma assumida, se afirma, cada vez mais intensamente, como direito disciplinador, condicionador e limitador da autonomia privada e da liberdade contratual. [grifou-se].⁴⁷

⁴⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 276-277.

Por tudo isso, é provável que o problema maior já não seja tanto o de declarar que o Estado não é a única fonte de poder na sociedade. É afirmação verdadeira, porém que se tornou hoje autoevidente, inclusive ao Direito: as próprias transformações do ordenamento jurídico positivo e da teoria jurídica que as seguiram dão conta de prova-la. Daí se segue uma segunda hipótese de estudo: uma vez verificada a ocorrência de relações privadas de poder juridicamente relevantes, *cabe ao Direito o papel de elaborar critérios valorativos que permitam identificar e equilibrar essas mesmas relações*, mitigando, com isso, possíveis *efeitos normalizadores* que pesem sobre os indivíduos.

O ponto é sem dúvida instigante: diferentemente do argumento de grande parcela dos autores da crítica foucaultiana, ele aponta rumo a uma interpretação do Direito que não o limita a simples veículo ocasional dos discursos e estratégias de poder, mas que reconhece nele, ao contrário, uma potencial *função emancipatória* em face do poder – não só do poder público, mas também em face dos “recém-descobertos” poderes privados⁴⁸. Agora, deve o jurista compreender se o Direito, realmente, vem ou não desempenhando a contento seu papel emancipatório nas relações sociais – ressalte-se, *todas elas*, e não somente as relações com o Estado –, e, se não, o porquê das insuficiências.

⁴⁸ Justiça feita, o professor Ricardo Marcelo Fonseca menciona *en passant* esse potencial emancipador do Direito na nota de rodapé n. 48 de seu texto, já citado. Referindo-se ao Direito do Trabalho e ao Direito Constitucional, diz ele: “[...] pode [o Direito] também cumprir uma função de emancipação diante de constrangimentos normalizadores *levados a efeito pelo próprio Estado* [grifou-se]” (FONSECA, ob. cit., p. 277). Sem retirar o mérito da relevante nota, um complemento merece ser feito, para que não se incorra no mal que se pretende curar: aparentemente, o autor restringe o papel emancipatório do Direito às normalizações veiculadas unicamente pelo *poder do Estado* – quando se pode cogitar, à luz das possibilidades do atual Direito, do cumprimento dessa função não só em face do poder estatal, como também, e sobretudo, em face dos vários *poderes privados* (leia-se, não-estatais) que afligem o indivíduo na vida em sociedade. Também aqui, deve-se encarar o poder para além do poder do Estado.

4.3 Já não se teoriza sobre um Estado “monolítico” produtor de uma única fonte de direito (lei)

Como se sabe, a concepção moderna de Direito era eminentemente *monista*: uma única fonte de Direito, a *lei*, proveniente de um único centro de autoridade, o Estado soberano⁴⁹. Sob o manto do “princípio da legalidade”, como bem observado pela crítica foucaultiana, escondiam-se inúmeras táticas de poder sem que elas fossem apreendidas por esse esquema simplificador da realidade. Só que hoje o problema assume novas dimensões que fogem à crítica: o Estado já não é visto como o único produtor de Direito – a lei –, tampouco é possível identificar no ente “Estado” uma estrutura monolítica, fonte unitária de elaboração normativa. Eis que o Direito pós-moderno se apresenta como um Direito *plural*⁵⁰⁻⁵¹. Para mostrá-lo, Chevallier menciona três “planos” de normatividade nos quais se manifesta, cada um a seu jeito, esse caráter pluralista do Direito pós-moderno: (i) o direito extraestatal; (ii) o direito supraestatal e (iii) o direito infraestatal.

O *direito extraestatal*, fruto da globalização, é aquele criado à margem dos ordenamentos estatais, em grande parte pelos próprios *operadores econômicos do comércio internacional*. Baseia-

⁴⁹ Conforme demonstram os historiadores do Direito: GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 2-6; HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 51.

⁵⁰ Cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 14; HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, pp. 85-112; TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, Sydney, v. 29, pp. 375-411, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105> Acesso em 20/03/2018, p. 375.

⁵¹ Deve-se observar que o “pluralismo” jurídico de que cogita Chevallier (corroborado por outros autores) é significativamente diferente do “pluralismo” trabalhado por algumas correntes da história do Direito. O autor francês fala num “*pluralismo ordenado*” ao redor do Estado, para ressaltar o fato de que a figura estatal, embora não possa ser considerada como fonte exclusiva da produção jurídica, permanece importante como instituição responsável por coordenar e articular as demais instâncias de normatividade (CHEVALLIER, ob. cit., p. 154). Algo bastante distinto, portanto, daquele “pluralismo” que marcou o Direito, por exemplo, da Idade Média: lá, seu caráter pluralista decorria, justamente, da *ausência* de uma entidade tendencialmente totalizante como é o Estado. (GROSSI, 2014, pp. 47-105).

se nos usos e costumes do comércio (práticas comuns, modelos contratuais padronizados), bem como em instrumentos de correção e autorregulação elaborados pelos atores econômicos (códigos de conduta e cartas éticas), os quais ganham normatividade pelo recurso à *arbitragem internacional* para a solução de disputas entre as empresas⁵². É um autêntico “direito global”, que na maior parte do tempo se desenvolve e se aplica sem qualquer interferência do poder dos Estados⁵³⁻⁵⁴.

Sobre o *direito supraestatal*: não se confunde com o antigo direito dos tratados, que já existia na Modernidade e era compatível com o ideal de soberania – da soberania advinha da autonomia dos Estados para se vincularem uns com os outros (tal como os indivíduos firmam contratos entre si). Mais do que isso, os Estados de hoje passam a aderir a verdadeiras *instituições de governança global*⁵⁵ – pense-se em instituições como ONU, FMI, OMC, Banco Mundial, União Europeia –, as quais operam editando normas jurídicas de variadas espécies e níveis de cogência no plano interno (diretivas, recomendações, intermediação na celebração de tratados pelos Estados). Essa profusão normativa das instituições globais segue “uma lógica de ação que lhes é própria”⁵⁶, de

⁵² Sobre a existência de uma “ordem jurídica arbitral”, distinta das ordens jurídicas estatais, ver: GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

⁵³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 145-147.

⁵⁴ Veja-se que o Brasil, com 123 litigantes, é desde 2016 o 5º país do mundo com mais arbitragens internacionais no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Disponível em: <<https://goo.gl/jrQzFx>> Acesso em 10/02/2018.

⁵⁵ Embora ainda pouco explorado no Brasil, o tema das instituições de governança global – muito devido à ascensão da União Europeia e seu avanço sobre a autonomia dos Estados-membros – tem sido alvo de grande preocupação por parte dos juristas europeus. Ver, dentre todos: KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: P. DOBNER; M. LOUGHLIN (orgs.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010; MEDEIROS, Rui. O paradoxo do constitucionalismo estadual no início do século XXI. In: _____. **A Constituição Portuguesa num Contexto Global**. Lisboa:Universidade Católica Editora, 2015.

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 148.

maneira independente e, não raro, desvinculada dos interesses imediatos dos Estados que lhes deram origem.

O *direito infraestatal*, por fim, também experimenta diversos influxos de pluralismo. Para além da emergência de instituições privadas de normatização jurídica encarregadas de complementar ou, por vezes, até de suprir a regulação estatal – a autorregulação realizada por conselhos profissionais, câmaras de comércio, etc.⁵⁷ –, é a própria estrutura do Estado que passa por um intenso processo de *complexificação e fragmentação interna*. Não se cogita somente dos Parlamentos enquanto legisladores – expressão máxima do “princípio da legalidade” na era Moderna –, pois proliferam incontáveis entes infraestatais com competências normativas mais ou menos autônomas sobre amplos setores da esfera econômica e social: são as chamadas “administrações independentes”. Tal modelo de administração pública é apresentado eloquentemente no Brasil pela ampla criação de *agências reguladoras independentes*, em processo de reforma do aparelho do Estado inaugurado nos anos 1990 e aprofundado no curso dos anos 2000 – a chamada “reforma gerencial do Estado”⁵⁸ –, além de outros entes administrativos com extensas competências normativas.

Esse policentrismo das estruturas estatais – sobretudo de natureza administrativa – implica uma “diversificação das fontes do direito no seio do próprio Estado”, de modo que “cada uma das estruturas tende a tornar-se uma pequena ilha de direito.”⁵⁹ Isto é: a própria ordem jurídica estatal não se resume à ideia de *lei*, sendo que a multiplicidade de fontes independentes em seu âmago não

⁵⁷ Quanto ao assunto, ver o célebre estudo sobre “autorregulação privada” (que convive com a “hereroregulação” provinda Estado): MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

⁵⁸ Cf. trabalho do economista brasileiro responsável por idealizar e coordenar o empreendimento da “reforma gerencial” do Estado no Brasil: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁵⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 153.

permite reconduzi-la a um “Estado” todo-poderoso com base num princípio de hierarquia normativa⁶⁰.

Os estudiosos engajados na tarefa de identificar as estratégias normalizadoras de poder nas entranhas do Direito, portanto, se encontram diante de uma paisagem bem mais vasta – e muito mais complexa – do que somente a “lei” vinda do “Estado-Leviatã”. E não devem imputar à teoria jurídica contemporânea o erro de limitar o Direito à lei do Estado: longe de ser mera conjectura, tudo o que foi descrito acima corresponde ao que efetivamente *se passa hoje* no mundo do Direito. Ao que se pode encerrar com esta terceira hipótese: os discursos normalizadores (disciplinares e biopolíticos), que podem se perpetuar tanto de maneira independente a qualquer institucionalização oficial, nas redes de relações sociais, quanto através da normatividade provinda do Estado (vide item 3), agora, possuem campo fértil também nas *múltiplas fontes de normatividade jurídica extra, supra e infraestatais que se formam no contexto pós-moderno*. Há aí um espaço vastíssimo para pesquisas, ainda por ser desbravado.

⁶⁰ O tema já foi tangencialmente tratado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF, movida pela Associação Médica Brasileira, o STF teve a oportunidade de avançar num entendimento sobre a Constituição e as novas formas de relacionamento entre a lei e atos infralegais (administrativos), indo além do princípio clássico de “hierarquia das fontes de Direito”. A ação discute a constitucionalidade da Lei n. 13.269/2016, que autorizou o uso da substância “fosfoetanolamina” – a chamada “pílula do câncer” – no tratamento de pacientes com câncer terminal, sem que ela tivesse sido previamente submetida à análise e aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária: agência reguladora, de *natureza administrativa*, responsável pelo controle e fiscalização de medicamentos no Brasil. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. A Constituição incumbiu o Estado, aí incluídos todos os respectivos Poderes, do dever de zelar pela saúde da população. No entanto, *considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis, foi criada, nos termos do artigo 37, inciso XIX, do Diploma Maior, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, à qual compete, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar a distribuição de substâncias químicas, segundo protocolos cientificamente validados* [destaques adicionados].” Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, deferiu a liminar suspendendo os efeitos da lei autorizativa do uso da fosfoetanolamina. Atualmente o processo aguarda julgamento do mérito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF – Distrito Federal. Requerente: Associação Médica Brasileira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966501>> Acesso em 21/04/2018).

5 Considerações finais: novos rumos para a crítica do estado, do poder e do direito

Neste artigo, foi oferecida uma contra-argumentação àquilo que se identificou como a crítica foucaultiana do Direito. Procurou-se traçar alguns pontos de limitação dessa corrente teórica, apontando, construtivamente, para possíveis aprimoramentos investigativos sobre a relação entre o Direito e as estratégias normalizadoras de disciplina e biopolítica. Ao se concentrar no combate às premissas do Direito Moderno, a crítica acaba por se desviar de adversários novos e, talvez, mais prementes, advindos dessa que vem sendo reconhecida como a pós-Modernidade do Estado e do Direito. Afinal, existe mais para o Direito contemporâneo do que a antiga lógica da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 ou do *Code Napoléon* de 1804.

Numa nota conclusiva, enfim, deve-se ressaltar o seguinte: apesar de terem sido opostas divergências com uma linha de análise jurídica “foucaultiana”, de maneira alguma será possível desconsiderar o pensamento *de Michel Foucault* na tentativa de formular uma compreensão abrangente sobre o poder, o Estado, e o papel que o Direito tem a desempenhar nisso tudo. Certamente vale para Foucault o que Dworkin uma vez disse sobre John Rawls: um clássico cuja riqueza da obra permite *múltiplas apropriações* por meio da interpretação. E, se é certo que as reflexões de Foucault se constituíram em excelente caixa de ferramentas aos operadores do direito para a avaliação crítica de seu objeto de estudo, não há dúvidas de que elas ainda têm muito a contribuir para desvelar – e, quem sabe, enfrentar – as estratégias de poder presentes no atual panorama do Direito dito pós-moderno.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. São Paulo: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 24, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6ª Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF – Distrito Federal. Requerente: Associação Médica Brasileira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966501>> Acesso em 21/04/2018.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CASESE, Sabino. **Derecho Administrativo**: Historia y Futuro. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. **Boletim de Ciências Econômicas**: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, vol. LVII, t. I, pp. 1115-1143. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**: História, teoria, crítica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CRAIG, Paul. Public Law and control of Private Power. In: TAGGART, Michael (org.). **The Province of Administrative Law**. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

- DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonade, 2002.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42^a ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.
- _____. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRANÇA, Fábio Gomes. Foucault, o Direito e a Norma: apontamentos para uma reflexão sobre o saber jurídico. **Revista Publius**, São Luís, v.1, n. 1, jan./jun. 2014.
- GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.
- KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: P. DOBNER; M. LOUGHLIN (orgs.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e Norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 2(1), pp. 151-176, jan./jun. 1990.

MEDEIROS, Rui. O paradoxo do constitucionalismo estadual no início do século XXI. In: _____. **A Constituição Portuguesa num Contexto Global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 109, pp. 13-87, jul./dez. 2014.

PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, April 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415040>> Acesso em 03/03/2018.

TAMANAH, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, Sydney, v. 29, pp. 375-411, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105> Acesso em 20/03/2018.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito Económico**. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

**O reconhecimento dos direitos culturais:
uma perspectiva analítica da relação
indivíduo X sociedade X cultura nas
obras de Norbert Elias, Sigmund Freud e
Michel de Certeau**

Marcella Souza Carvalho¹

Introdução

No Brasil, 89% da população nunca foi a um concerto de ópera ou música clássica em sala de espetáculo e 83% em qualquer outro local; 75% nunca foi a espetáculos de dança ou balé no teatro; 71% nunca esteve em exposições de pintura, escultura e outras artes em museus ou outros locais e 70% nunca foi a uma exposição de fotografia. Além disso, outras atividades, como ver uma peça de teatro em qualquer local (61%), a uma peça no teatro (57%) e a um show de música em uma sala de espetáculo foram outras atividades cuja maioria dos entrevistados pela Pesquisa Públicos de Cultura – SESC (2013) afirmou nunca ter realizado.

¹ Advogada atuante na área de Cultura e Terceiro Setor. Mestranda Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades – DIVERSITAS - FFLCH/USP. Pós-graduanda em Gestão de Projetos Culturais pela USP. Produtora cultural. Membro do Conselho Nacional de Políticas Culturais – CNPC/MINC. Membro da Comissão de Assuntos Culturais e Propriedade Intelectual da OAB/PR. Professora da Fac - Faculdade Curitibana.

Os dados acima expostos revelam a carência e alarmante situação da área da cultura no país, além de representarem uma afronta aos chamados *Direitos Culturais*, previstos na Constituição Federal de 1988. Esse é o ponto crucial da pesquisa de mestrado em desenvolvimento, e, no que se refere ao presente artigo, será feita uma abordagem da maneira pela qual essa temática se desenvolve também a partir da relação indivíduo x sociedade x cultura traçada pelos autores Sigmund Freud e Norbert Elias, bem como da relevância do apreço ao domínio do simbólico pelo autor Michel De Certeau.

No que se refere ao diálogo das teorias de Freud e Elias, especialmente a relação sujeito x cultura, será utilizado o estudo dos professores Paulo César Endo e André Oliveira Costa, cujo conteúdo estabelece um paralelo entre a psicanálise de Freud e a sociologia de Norbert Elias. Para Elias, o processo civilizador transmite ao indivíduo normas e regras sociais na forma de autorregulação e autocontrole dos objetos e das funções corporais. Em Freud, a imbricação do sujeito com a cultura é uma relação operada pelo corpo. A pulsão dá as condições de coletivização do sujeito.

Deste modo, importante esclarecer o caráter de análise primária das noções de sociedade, direito e cultura aparentes em cada um destes autores, não representando, portanto, um estudo avançado de tais obras nas suas individualidades.

Apesar da múltipla e intensa manifestação cultural do país, na trajetória histórico cultural do Brasil percebe-se a falta de ambientes e condições que propagassem as políticas públicas de cultura. O exercício democrático dos chamados *Direitos Culturais* ainda não encontra respaldo eficaz nas políticas públicas brasileiras. A importância da implementação de políticas culturais diversas, bem como o reconhecimento da área cultural como efetiva área de conhecimento e saber do Estado, são premissas indispensáveis, e necessitam de efetiva consolidação.

No que se refere ao presente artigo, inicialmente será feita uma abordagem da amplitude que o termo cultura carrega quanto à conceituação, e como tal característica já está interligada com os estudos dos referidos autores, no que tange à civilização, cultura e historicidade². Na sequência, será traçada uma parte mais técnica acerca da relação Direito x Cultura e os chamados Direitos Culturais, para então estabelecer a aproximação das obras dos referidos autores com o tema, partindo do pressuposto de que tal análise sugere uma linha de valorização e reconhecimento dos Direitos Culturais a partir do alinhamento das linguagens simbólicas dos indivíduos em seu cotidiano, da coletividade e da relação destes enquanto cidadãos com a sociedade, compondo assim o estudo de uma unidade cultural.

1. O termo cultura

A preocupação em estudar as culturas humanas, e com isso compreender o que de fato é cultura, sempre esteve presente nas ciências sociais, em especial na antropologia, ainda que sob esse aspecto até hoje não se tenha um conceito definido. Nos últimos 100 anos a definição de cultura é foco central de discussões antropológicas, mostrando-se um assunto inesgotável (LARAIA, 2006, p.7). Isso porque, a tentativa de compreender seu significado, implica na igual tentativa de compreensão dos modos de vida de uma sociedade, nas particularidades exercidas por cada indivíduo e de como a cultura influencia o comportamento social. Ou seja, tarefa difícil vista sob o parâmetro de qualquer ciência que não seja exata.

A palavra cultura é polissêmica. A designação grega de cultura é feita por dois vocábulos: *georgia* (lavoura) e *matema* (conhecimento adquirido). A origem latina vem do verbo *colere*,

² Principalmente o contido em 'O Processo Civilizador' e 'Sociedade dos Indivíduos', de Elias, e 'La moral sexual 'cultural' y la nervosidad moderna' e 'Psicología de las massas y analisis del yo', de Freud.

que significa cultivar, tratar. No ano de 1793, na Alemanha, foi estampado em um dicionário a palavra Kultur, como significado de enobrecimento, refinamento das forças espirituais e materiais do homem ou de um povo.

Na estrutura dos mais variados conceitos, surge a constatação de que a cultura possui traços distintos, que nunca culminarão em um conjunto universal. Considerando que a ideia de cultura está sempre atrelada a uma conjugação de diversos vetores, sejam eles sociais, políticos, artísticos ou econômicos, abrangendo de educação a política, de esporte a ecologia, porque cultura permeia tudo o que fazemos, e que cultura carrega a ideia de diversidade e pluralidade, delimitar um significado pode ser tarefa das mais trabalhosas.

Assim, cultura pode estar ligada a todos os aspectos da realidade social de um povo, ou então, mais especificamente ao conhecimento, crenças, valores e ideais de um povo. Raymond Williams (1979), escritor inglês, afirma que a palavra *culture* é uma das duas ou três palavras mais complicadas da língua inglesa, devido ao seu complexo percurso etimológico. A partir dos séculos XVI ao XVII, segundo Williams, o termo passou a significar, por analogia, o cuidado com o desenvolvimento humano e o cultivo das mentes, deixando de se tratar apenas da terra e dos animais, significado predominante anteriormente.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), organismo das Nações Unidas destinado a questões de educação, cultura e ciências, define cultura como “um conjunto de características distintas espirituais, materiais, intelectuais e afetivas que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. Abarca, além das artes e das letras, os modos de vida, os sistemas de valores, as tradições e as crenças” (BRANT, 2009, p. 14).

O jurista Miguel Reale (1996, p. 3) afirma que a cultura “*é sempre uma categoria fundamentalmente histórica, desenvolvendo-se através de distintas formas de objetivação das intencionalidades do homem ao longo do tempo, às quais damos o nome de*

civilização”. Reale aponta duas acepções do termo cultura, sendo seu propósito focar o assunto em função de problemas filosóficos e não propriamente antropológicos, sociológicos ou históricos. A primeira abordagem diz respeito à vinculação da palavra cultura a cada pessoa, “*indicando o acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou seja, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo*”.

Ao lado do conceito pessoal ou subjetivo de cultura supra citado, a segunda acepção remete a um aspecto social ou objetivo, esta abrangendo a um só tempo questões filosóficas, antropológicas e sociológicas, traduzindo-se, segundo o autor, em um “*acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores*”.

Do ponto de vista antropológico, Eduard Taylor foi o precursor na formulação de uma definição do termo cultura. Entretanto, a ideia de cultura já estaria ganhando consistência mesmo antes de John Locke, que em 1690 escreveu a obra *Ensaio acerca do entendimento humano*. Meio século depois, foi a vez de Jaques Turgot elaborar uma ideia do conceito de cultura, seguido também no século seguinte por Bronislaw Malinowski, Leslie White, Jean-Jaques Rousseau e finalmente Taylor, que no primeiro parágrafo de seu livro *Primitive Culture* propôs a primeira definição de cultura do ponto de vista antropológico. (LARAIA, 2006, p.30). Para ele, cultura é todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética, e pode ser objeto de um estudo sistemático, sendo resultado de estágios existentes no processo de evolução (TYLOR, 1958).

Sem dúvida, tudo o que vier relacionado aos modos de vivência, valores e crenças construídas pelo ser humano dá margem às mais variadas conceituações, debates e críticas relacionadas ao tema. É importante considerar os conceitos sociológicos e antropológicos de cultura os quais tendem a

evidenciá-la como uma constante possibilidade transformadora e modificadora da sociedade, oriunda das inovações e criações baseadas nos valores e crenças de cada indivíduo, que lute socialmente e democraticamente por um destino melhor.

Seja essa ou qual for a denominação de cultura, ela está diretamente ligada ao ser humano e ao convívio social. As compreensões apontadas para o termo cultura partem desde o indivíduo, perpassam por sua produção intelectual, simbólica e material, assim como as relações interpessoais, chegando ao conjunto de toda a humanidade.

Somente nessas conceituações e análise acima já é possível identificar fortes traços do apreço aos processos históricos de Norbert Elias, considerando que ele analisa a sociedade de cômputo a partir de seus costumes e noção de coletividade. Encontramos essa linha de raciocínio especialmente em sua obra ‘O Processo Civilizador’, onde Elias também relativiza a noção de civilização naturalizada a partir dos processos do aparelho psíquico trazidos por Freud. Para Elias, tais conceitos não seriam naturais e imutáveis, e sim fruto de um processo civilizador criado a partir de compostos sociais coletivos. Além disso, dá-se destaque aqui à própria questão semântica da tradução de algumas das obras de Freud que levam em seu título a palavra ‘civilização’, e que foram traduzidas por ‘cultura’.

Elias examina elementos que seriam até então negligenciáveis para a história, que seriam os hábitos e costumes rotineiros, e não grandes feitos:

“Pensar que os movimentos sociais interferem na estrutura da personalidade leva Elias a estudar os pequenos acontecimentos. O que o rege não é o que se mostra de forma evidente aos olhos de qualquer pesquisador, mas assuntos que a princípio não seriam dignos de interesse científico. São situações banais do dia a dia, tal como o comportamento à mesa, a maneira de usar utensílios domésticos como garfo, colher, guardanapos e prato. Encontram-se em seus interesses de pesquisa os hábitos de fungar, cuspir e

assoar-se, assim como os procedimentos para dormir e a exposição do corpo nu a outra pessoa. A introdução da faca como instrumento para a alimentação, por exemplo, implicou em pensamentos inconscientes que levaram à criação de diversos tabus, ou melhor, condicionaram novas regras sociais, como aquela que proíbe, socialmente falando, levar a faca à boca, apontá-la em direção à outra pessoa ou segurá-la com a mão direita por mais tempo do que o necessário". (COSTA, ENDO, 2014)

O que se pretende evidenciar nesse ponto é a interligação, indissociável, da relação indivíduo x sociedade com o entendimento de cultura/civilização. Para Elias, ambos os conceitos não podem ser considerados separados, mas um codependente do outro:

[...] conceitos como "indivíduo" e "sociedade" não dizem respeito a dois objetos que existiriam separadamente, mas a aspectos diferentes, embora inseparáveis, dos mesmos seres humanos, e que ambos os aspectos (e os seres humanos em geral) habitualmente participam de um processo de transformação estrutural (ELIAS, 1939b/1990, p. 220).

Especialmente no que se refere à aproximação dos termos cultura e civilização, inclusive quanto à peculiaridade da diferenciação para tal autor:

Norbert Elias começa "O Processo Civilizador" buscando diferenciar os significados de cultura e civilização de acordo com o país e a época em que esses termos surgiram. Assim, apresenta as distinções entre os termos *Kultur*, em alemão, e *culture*, em francês, e *Zivilisation*, em alemão, e *civilisation*, em francês. De acordo com o sociólogo, o que normalmente se pode dizer a respeito do conceito de *Zivilisation* é que ele faz referência a diferentes elementos, tais como:

ao nível da tecnologia, ao tipo de maneiras, ao desenvolvimento dos conhecimentos científicos, às idéias religiosas e aos costumes. Pode se referir ao tipo de habitações ou à maneira como os homens e mulheres vivem juntos, à forma de punição determinada pelo sistema judiciário ou ao modo como são preparados os alimentos. Rigorosamente falando, não há nada

que não possa ser feito de forma "civilizada" ou "incivilizada" (ELIAS, 1939b/1990, p. 23).

O conceito alemão de *Zivilisation* pode fazer referência a fatos políticos, econômicos, religiosos, técnicos, morais, intelectuais, artísticos, comportamentais ou afetivos. Mas há divergências, segundo Elias, na forma como os povos ingleses, franceses e alemães referem-se a si mesmos. "A palavra pela qual os alemães se interpretam, que mais do que qualquer outra expressa-lhes o orgulho em suas próprias realizações e no próprio ser, é *Kultur*" (ELIAS, 1939b/1990, p. 24). *Kultur*, para os alemães, não implica estabelecimento de limites e espaços, mas definições de sua própria natureza, da essência deste povo.

Enquanto o conceito de civilização inclui a função de dar expressão a uma tendência continuamente expansionista de grupos colonizadores, o conceito de *Kultur* reflete a consciência de si mesma de uma nação que teve de buscar e constituir incessante e novamente suas fronteiras, tanto no sentido político como espiritual, e repetidas vezes perguntar a si mesma: "Qual é realmente nossa identidade?" (ELIAS, 1939b/1994, p. 25). (ENDO, COSTA, 2014).

Tal como visto acima, a cultura enquanto possibilidade transformadora de um ambiente representa a sua valoração como eixo de sustentação de qualquer nação, à medida que resguarda a condição de modificadora dos modos de pensar e agir. No Brasil, exemplo claro de constantes transformações de cunho social, político e econômico, os aspectos constitutivos da cultura estão sendo cada vez mais discutidos (embora não na mesma medida valorizados), entendendo-se que por meio da cultura se pode construir um país mais justo e democrático.

2. Direitos culturais e a relação direito x cultura

Parafraseando Michel Prieur, o autor luso Vaco Pereira da Silva estabelece que entre o Direito e a Cultura existe uma espécie de "relação amorosa", em que cada um dos pares "completa" o outro, com vantagens e benefícios recíprocos, na medida em que a

“cultura obriga o direito a evoluir e o direito recompensa-a, tornando-a mais universal e democrática” (PRIEUR, 2004 apud SILVA, 2007, p.7).

Nessa mesma linha de raciocínio, Francisco Humberto Cunha Filho (2000, p.18) relata em sua obra *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico* acerca de como conseguiu aliar suas duas grandes paixões: a Cultura e o Direito, praticando esta espécie de “bigamia”.

Para o autor supracitado, se fosse tomar por base o conceito antropológico de cultura como um dado implícito, uma noção socialmente aceita sem reservas, o próprio direito incluir-se-ia na cultura. É frequente o tratamento do assunto pelos juristas com certa obviedade ou subalternidade, ou ainda de forma segmentarizada com pesquisas dispersas sobre, por exemplo, tombamento, direitos autorais, arquivos históricos, leis de incentivo à cultura etc. Todavia, conforme dispõe Cunha Filho (2000, p. 21), juristas renomados ao se depararem com o tema cultura não dispensam mais que algumas linhas de caráter nitidamente tautológico. Assim, exsurge o questionamento sobre qual o motivo de não quererem se ocupar acerca da definição de cultura os doutrinadores. Por ser tão óbvia ou por ser de pouca importância para o mundo do Direito?

Para o constitucionalista Jorge Miranda (2003, p. 83), a Constituição reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições econômicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe caráter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e garante a vida coletiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação.

Considerar a cultura como embasadora de todos os direitos e conseqüente produto de sua operacionalização é de suma importância para o reconhecimento do quanto é relevante o estudo desse setor para qualquer atividade que se desenvolva, mormente

aquelas vinculadas às ciências sociais, como é o caso do Direito. (CUNHA FILHO, 2000, p.31)

Em suma, sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, a cultura não poderia de maneira nenhuma ficar de fora da Constituição.

O ordenamento jurídico nacional tem o compromisso de preservar e propagar toda a historicidade do povo brasileiro. Visto isso, a Constituição Brasileira reservou abundante tratamento para a cultura. Nota-se isso pelo fato de que em todos os seus títulos, ainda que indiretamente, há alguma ou até mesmo farta disciplina jurídica sobre o assunto. Também por isso pode ser chamada de *Constituição cultural*, como também pelo fato de possuir seção específica para o tema, em cujo artigo inaugural – 215 – se lê que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. (CUNHA FILHO, 2000).

Em que pese os direitos culturais não se encontrem expressamente previstos no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais da CF de 88, é possível afirmar que se tratam indubitavelmente de direitos fundamentais, à luz do parágrafo segundo do artigo 5º da CF: *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte.*

O artigo 215 da CF de 88 faz menção explícita à expressão *direitos culturais*. Entretanto, a letra da lei não chega a listar quais seriam esses direitos. Isso não é surpresa, já que até mesmo a UNESCO, órgão das Nações Unidas responsável pela cultura, reconhece a necessidade de se elaborar um inventário dos ditos direitos culturais, eis que configurados como categoria fragmentada e dispersa na documentação normativa acerca dos Direitos Humanos (MACHADO, 2011 p. 104).

Não há um consenso do que seja exatamente os direitos culturais, o que dá lugar a diferentes maneiras de tipificá-los, nomeá-los e descrevê-los com o intuito de dar possíveis definições aos mesmos.

O que se quer dizer é que, em que pese sua importância inenarrável, os chamados direitos culturais ainda permanecem por muitos desconhecidos, em um âmbito confuso e por vezes negligenciado. Incontestavelmente inserido pelos estudiosos dentro dos direitos fundamentais, infortuniadamente os direitos culturais constituem um núcleo descuidado de atenção da maior parte dos estudos constitucionais e das demais áreas jurídicas.

A primeira e única vez em que essa expressão apareceu na história das constituições brasileiras foi em 1988. Todavia, os direitos culturais já eram enquadrados na categoria de Direitos Humanos deste a década de 1960, quando expostos e disciplinados em importantes documentos jurídicos de âmbito mundial.

A institucionalização dos direitos culturais foi produto da primeira metade do século XX, juntamente com as constituições de alguns Estados sociais bem como com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, o campo jurídico que vai dar sistematicidade a esse ramo surgirá somente a partir do início dos anos 1990, período no qual houve o desenvolvimento de uma série de políticas culturais em vários países do mundo.

Os direitos culturais associaram-se a um fator de desenvolvimento do homem imprescindível para o combate da pobreza e da opressão política, em especial de regimes totalitários. Desse modo, o direito à cultura passou a ser sinônimo de difusão de obras intelectuais, acesso aos meios de comunicação, à educação e ao conhecimento.

Mas, onde estão e como reconhecer esses direitos? Ainda mais, como fazê-lo de forma que tal reconhecimento e prática do exercício destes direitos não fique distante do cotidiano do indivíduo, posto apenas como lei? Essas são algumas das indagações as quais se debruça a pesquisa do mestrado, e que

possuem fortes tendências de amadurecimento se analisarmos as questões à luz de entendimentos tal qual o de Elias e De Certeau, que valorizam a questão da construção simbólica e histórica do indivíduo com a sociedade, onde o indivíduo é o protagonista, ao lado dos costumes cotidianos.

3. Relação com Freud e Elias na dicotomia indivíduo sociedade

Além das relações especificamente realizadas acima com o termo cultura e a ligação com o entendimento histórico e sobre o processo civilizador de Elias, o ponto chave que recebe a interdisciplinaridade do presente artigo é justamente a tentativa de demonstrar que o reconhecimento, hoje, dos direitos culturais está muito além do texto constitucional, e sim atrelado diretamente ao cotidiano dos indivíduos numa imbricação destes com a sociedade e a cultura que vivenciam ao longo de processos históricos. Isso pela constatação de elementos que vêm acontecendo na área das políticas culturais dos últimos anos, juntamente com as manifestações das culturas populares, outro tema afeto ao autor De Certeau. A dimensão é, portanto, muito mais antropológica e sociológica do que meramente jurídica.

Desta forma, a seguir serão apresentados alguns trechos da análise Freud-Elias no que tange à dicotomia indivíduo x sociedade, exemplificando na sequência com um exemplo de política cultural que valoriza a construção da dimensão simbólica e cidadão da cultura a partir da valorização da participação institucionalizada dos indivíduos.

Segundo ENDO e COSTA (2014):

[...] Desaparece a concepção idealizada de sociedade estática e composta por membros isolados. Antes disso, o que se mostra são redes sociais que sofrem constantes transformações e mudanças através da ação do processo civilizador, da aprendizagem social, da educação, da socialização e das necessidades sociais recíprocas.

A teia social não passa de uma pluralidade de numerosas pessoas interdependentes em relação a suas funções.

[...]

Por outro lado, a noção de "sociedade", tal como nos propõe o debate com Norbert Elias, também sofreu deslocamentos de significação. Com os primeiros trabalhos de Freud, mantivemos esse termo, acompanhando por vezes a tinta do psicanalista, mas também na medida em que pensamos que ele ainda não estava preocupado em desenvolver uma "teoria psicanalítica da cultura". Norbert Elias nos ajuda a pensar essa proposição ao trabalhar a diferença entre "civilização" e "cultura". De sua análise, a sociedade é apresentada como uma instituição social que se aproxima do conceito de civilização enquanto instituição que constitui a esfera da eticidade, junto com a família e o Estado. A cultura, por sua vez, auxilia responder à pergunta: "Qual é, realmente, nossa identidade?" (ELIAS, 1939a/1994, p. 25).

[...]

Perguntar sobre as afecções da relação entre indivíduo e sociedade no âmbito da psicanálise nos deslocou para a questão entre sujeito e cultura. De que modo são as afecções desta relação? Certos operadores articulam esses termos em uma mesma estrutura, de modo que entre eles se estabelece uma continuidade diferenciada. A inscrição do sujeito na cultura se faz através de uma operação sobre os corpos. A transmissão da cultural inscreve a perda de um objeto pulsional, comum a ambos os termos da relação.

[...]

O uso que Norbert Elias faz da psicanálise em "O Processo Civilizador" deriva do fato de que também Freud buscou afastar-se da dicotomia entre indivíduo e sociedade, entre sujeito e cultura. Assim, por exemplo, vemos o supereu e o recalçamento como marcas da suspensão dessa oposição. Pelo processo civilizador, as produções corporais cada vez mais passam a ser modeladas pelas regras sociais, pela companhia de outras pessoas, na relação com o semelhante.

Nessa linha de raciocínio, procura-se demonstrar com um exemplo prático de ação onde o indivíduo seja o protagonista inserido na relação cultural da sociedade, a partir de elementos históricos e costumes da coletividade, em que ao mesmo tempo

tenha ligação com formas de organização pública coletiva (presença do Estado), qual seja a existência do Sistema Nacional de Cultura (SNC).

O SNC funda-se na Política Nacional de Cultura, buscando renovar na forma do Estado se relacionar com as Políticas Culturais no Brasil. O principal objetivo do Sistema Nacional de Cultura (SNC) é fortalecer institucionalmente as políticas culturais da União, Estados e Municípios, com a participação e valorização da sociedade, através da participação dos indivíduos.

Segundo Glauber Piva (2008, p.51), sociólogo e um dos participantes na elaboração do Programa para o SNC: *"A proposta de criação do Sistema Nacional de Cultura parte da convicção de que as políticas culturais até então no Brasil permaneceram sob a influência dos interesses privados, concentrando recursos e poder de decisão"*.

O Sistema Nacional de Cultura é um conjunto que abrange a participação da sociedade civil bem como dos entes federativos da República Brasileira - União, estados, municípios e Distrito Federal -, alicerçados com seus respectivos Sistemas de Cultura. A integração entre os respectivos componentes será definida pelas leis, normas e procedimentos pactuados. A Política Nacional de Cultura e o Modelo de Gestão Compartilhada constituem-se nas propriedades específicas caracterizadoras do próprio SNC.

Ou seja, o Ministério da Cultura agirá elaborando as proposições políticas através de um processo de consulta pública instalado em distintas instâncias e fóruns de cultura, juntamente com a experiência vivenciada pelos entes da federação e a sociedade civil, além da incorporação de experiências sistêmicas de outras áreas da gestão pública no Brasil (VELLOZO, 2011, p. 46).

A criação de espaços institucionais de participação social tornou possível a ideia de um sistema representativo híbrido. Entretanto, essa é uma condição que se traduz muito bem no papel, mas que atravessou e atravessa cenários pouco condizentes com essa aludida teoria democrática. Por essa razão, essa temática

tem sido tratada com maior profundidade e frequência pelas ciências sociais, mas ainda se está longe de esgotar todos os meandros e implicações que esse tipo de gestão socioestatal trouxe e traz, fazendo-se pertinente todo trabalho de pesquisa que se possa desenvolver acerca do tema.

Infortuniamente, das inúmeras mudanças de gestão do governo e do Ministério da Cultura nos últimos anos, pouco se manteve ou se evoluiu do conceito inicial do SNC. Ainda que seja este o mais próximo de um marco normativo para a promoção da diversidade e do acesso democrático aos meios de produção, difusão e fruição cultural, o SNC não é eficaz – outra razão pela qual se justifica o registro do que se consolidou, do que se perdeu e da atual situação deste mecanismo.

4. Relação com de Certeau no domínio do simbólico

Partindo do pressuposto de que todo entendimento da área cultural tem relação com questões simbólicas de passado, presente e futuro, de manifestações tradicionais, culturas populares, saberes orais e costumes de determinados povos, é pertinente traçar aqui um paralelo também com Michel De Certeau, historiador francês jesuíta que se dedicou ao estudo das culturas populares, dos saberes simbólicos e orais e também da psicanálise.

Conforme visto no início deste artigo, a área da cultura também é de difícil determinação conceitual, podendo ser traduzida das mais diversas maneiras possíveis de abrangências. O que nos leva a também identificar certa dificuldade dos significantes na área cultural, já que nem sempre podem ser traduzidos na forma escrita e acadêmica, pela sua própria natureza de ser.

É o que acontece, por exemplo, com a pedagogia dos mestres Griôs, recentemente transformada em lei com a contribuição deles próprios, e que está na fase de aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) do Senado, desde

2016. A Lei Griô – PL 1786/2011 – tem como missão instituir uma política nacional de transmissão de saberes e fazeres de tradição oral, em diálogo com a educação formal, para promover o fortalecimento da identidade e ancestralidade do povo brasileiro:

O termo Griô é universalizante, porque ele é um abasileiramento do termo Griot, que por sua vez define um arcabouço imenso do universo da tradição oral africana. É uma corruptela da palavra “Creole”, ou seja, Crioulo a língua geral dos negros na diáspora africana. Foi uma recriação do termo gritadores, reinventado pelos portugueses quando viam os griôs gritando em praça pública. Foi utilizado pelos estudantes afrodescendentes que estudavam na língua francesa para sintetizar milhares de definições que abarca. O termo griô tem origem nos músicos, genealogistas, poetas e comunicadores sociais, mediadores da transmissão oral, bibliotecas vivas de todas as histórias, os saberes e fazeres da tradição, sábios da tradição oral que representam nações, famílias e grupos de um universo cultural fundado na oralidade, onde o livro não tem papel social prioritário, e guardam a história e as ciências das comunidades, das regiões e do país.

[...]

A **Lei Griô** é resultado da **Ação Griô Nacional** que nasceu em 2006 como projeto criado e proposto pelo Ponto de Cultura **Grãos de Luz e Griô**, da Bahia, ao programa Cultura Viva da Secretaria de Cidadania Cultural do Ministério da Cultura. A **Ação Griô** é uma rede em gestão compartilhada coordenada por 7 pontos de cultura e o Minc, que envolveu **130 projetos pedagógicos de diálogo entre a tradição oral e a educação formal**, mais de **700 griôs e mestres** bolsistas de tradição oral do Brasil, **600 pontos de cultura, escolas**, universidades e outras entidades de educação e cultura e 130 mil estudantes de escolas públicas.

[...]

Grande parte do texto do Projeto de Lei Griô original, protocolado na Câmara em 2011, foi garantido no texto final do relator Evandro Milhomen, principalmente o diálogo dos conhecimentos da tradição oral com a educação formal e o cadastro dos mestres griôs do Brasil. (<http://www.leigrionacional.org.br/o-que-e-a-lei-grio/acompanhe-no-congresso/>).

O exemplo dos mestres griôs está diretamente relacionado aos pontos de cultura do programa Cultura Viva, do Ministério da Cultura. Criado e regulamentado pelo MinC entre os anos de 2004 e 2005, o Programa surgiu para estimular e fortalecer no Brasil uma rede de criação, circulação e gestão cultural, destinando-se basicamente a fomentar as manifestações culturais da sociedade cujos agentes não têm acesso ao mercado cultural, ou o têm de maneira limitada, desde o início até a difusão e consumo da respectiva produção.

A estrutura do Programa Cultura viva baseia-se na criação de Pontos de Cultura, tendo estes surgido como estímulo às iniciativas culturais já existentes da sociedade civil, por meio de convênios com os governos Estaduais e Municipais, os quais fomentam a organização de redes de pontos de cultura em seus respectivos territórios. De início, o Programa surgiu com a previsão de concessão de prêmios e bolsas por meio de editais – vinculados às necessidades e ao desenvolvimento dos Pontos de Cultura. Já em 2008, mudou-se a sistemática do Programa para descentralizar a implantação dos Pontos de Cultura, reforçando objetivos e metas do Programa Mais Cultura. Os Pontos de Cultura albergam iniciativas culturais consideradas de pequeno porte, quando então abrangem projetos apresentados por organizações da sociedade civil, os quais receberão repasses de recursos vinculados ao Fundo Nacional de Cultura. Assim, os Pontos de Cultura se tornaram um grande instrumento de descentralização de recursos, beneficiando mais de 2.000 pequenas produções culturais direto nas comunidades.

Entre os anos de 2004 até 2011, o Programa Cultura Viva apoiou a implementação de 3.670 Pontos de Cultura, espalhados por todos os estados do Brasil, atingindo cerca de mil municípios (BRASIL/MINC, 2004-2012). Destacam-se na gestão do Programa Cultura Viva o estímulo à criatividade, com a abertura de oportunidades a partir da criação em um ambiente propício ao

resgate da cidadania pelo reconhecimento da importância da cultura produzida em cada localidade.

A autonomia dos mestres griôs, agora prestes a terem seus saberes protegidos e reconhecidos por lei, aliado à dinâmica do reconhecimento dos pontos de cultura, nada mais é do que a demonstração do reconhecimento de direitos culturais pela via simbólica, de tradição ancestral e oral. É nesse exato norte que se traça aqui a relação com De Certeau. Para o autor, a cultura *“não consiste em receber, mas em realizar o ato pelo qual cada um marca aquilo que outros lhe dão para viver e pensar”* (CERTEAU, 1974, p. 9). O indivíduo ressignifica o que o ambiente social proporciona, existindo a cultura por meio do sentido que seus praticantes dão para aquilo que fazem: *“para que haja cultura, não basta ser autor das práticas sociais; é preciso que essas práticas sociais tenham significado para aquele que as realiza”*. E, ainda:

[...] a criança escolarizada aprende a ler paralelamente à sua aprendizagem da decifração e não graças a ela: ler o sentido e decifrar as letras corresponde a duas atividades diversas, mesmo que se cruzem. Noutras palavras, somente uma memória cultural adquirida de ouvido, por tradição oral, permite e enriquece aos poucos as estratégias de interrogação semântica cujas expectativas a decifração de um texto afina, precisa, corrige. Desde a leitura da criança até a do cientista, ela é precedida e possibilitada pela comunicação oral, inumerável “autoridade” que os textos não citam quase nunca. (CERTEAU, 1994, p. 263-264).

[...] a palavra é aqui o corpo que significa. A escrita é por isto arquivo, registro, repetição indefinida. Ela preserva e conserva contra a voz do outro transformando-a, isolando-a do seu dono, ainda que tente manter intacto o seu lugar de produção. Se a oralidade pode ser confundida com o mundo natural, a escrita tem suas evidências de que o mundo natural não lhe pertence; o seu universo é o dos livros e o seu lugar o mundo do literário. (CERTEAU, 2002, p. 217).

Assim, Certeau quebra com a ideia de uma cultura própria de um grupo de “eleitos”, uma “cultura de elite”, que era proibida para alguns e própria de um grupo previamente selecionado pelo meio social. Ou seja, a cultura de massa perde sua função colonizadora, que difundia as concepções de uma elite.

Considerações finais

Para um país que é representado e reconhecido mundialmente pela sua diversidade cultural, advinda de uma mistura de povos e etnias que culminou na profunda miscigenação da população, e, como consequência, a explosão e afloramento dos tipos mais variados de cultura existentes, preservar e valorizar as manifestações culturais é de extrema necessidade e relevância. O mesmo se pode dizer com relação aos Direitos Culturais, conforme amplamente destacado neste artigo. Nesse sentido, destaca-se:

A transmissão da cultura deve inscrever o esquecimento de seus conflitos, impossibilitando a recordação do seu ponto de fundação, ou seja, o recalçamento de um desejo incestuoso. “Toda instituição é, portanto, e por definição, uma transmissora-herdeira de padrões e condutas sem que se saiba, se conheça ou se esclareça sua gênese, sua origem ou sua função. O que as instituições transmitem reflete também sua vocação recalcante e sintomática e não apenas os valores mais altos da cultura. Elas surgem e passam a ser necessárias lá onde o ego - instância de ligação - fracassou; e o que elas transmitem e passam adiante são também os restos de pulsão desligada que permanecem fazendo sintomas, como vimos, na própria definição de cultura e civilização” (ENDO, 2011, p. 75).

O desenvolvimento do presente artigo teve como objetivo, principalmente, evidenciar a área da cultura atrelada à noção da relação do indivíduo x sociedade que vimos nas obras de Norbert Elias, Sigmund Freud e Michel De Certeau:

Através de Freud, reconhecemos que a civilização é um sintoma da cultura. A psicanálise mostra que as instituições sociais, que participam do processo civilizador elevando o grau de civilidade, carregam consigo o avesso daquilo que transmitem. (ENDO, COSTA, 2014).

O que se quis demonstrar é que, para pleno exercício e garantia dos Direitos Culturais, na forma de lei e assegurados constitucionalmente, a relação entre indivíduo e sociedade é o que realmente importa para o âmbito da cultura, devendo se dar de forma mútua, preservando especialmente a diversidade cultural e valorizando todas as formas de saberes.

Referências

CERTEAU, Michel de. A escrita da História. – Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. A cultura do plural. Campinas: Papirus, 1995. (Coleção Travessia do Século).

_____. A invenção do cotidiano: 1, Artes de fazer. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. A escrita da História, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

COSTA, André Oliveira; ENDO, Paulo César. *Corpo, transmissão e processo civilizador: Sigmund Freud e Norbert Elias*. Trivum, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 16-32, dez. 2014. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-48912014000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 11 dez. 2016.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais Como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ELIAS, N. (1939a/1994). *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

- _____. (1939b/1990). *O Processo civilizador*. Volume 1: Uma história dos Costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- _____. (1939c/1990). *O Processo civilizador*. Volume 2: Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- ENDO, P. (2011). "Um futuro sem origem: transmissão, autoridade e violência". Em: APPOA (org.). *Autoridade e violência*. Porto Alegre: APPOA.
- FREUD, S. (1897/2003). "Manuscrito N". Obras Completas. Madrid: Biblioteca Nueva.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 20^o Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- MACHADO, Bernardo Novaes da Mata. Os Direitos Culturais na Constituição Brasileira: uma análise conceitual e política. In: *Políticas Culturais: teoria e práxis*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2011.
- Pesquisa Públicos de Cultura: SESC 2013.
- REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, Vasco Pereira. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.
- TYLOR, Edward Burnett. *Primitive culture*, New York: Harper & Brothers, 1958.
- VELLOZO, Marila Annibelli. *Dança e política: participação das organizações civis na construção de políticas públicas*. 382f. 2011. Tese (Doutorado) - Escola de Teatro e Escola de Dança, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- WILLIAMS, Raymond. *Marxismo e literatura*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. (BRANT, 2009, p. 14).

A moral formal de Jürgen Habermas: a democracia processual brasileira

Melina Faucz Kletemberg¹

1. Introdução

Não há dúvida de que a democracia (política e social) tenha desfrutado de um enorme prestígio em todo o mundo após a Segunda Guerra Mundial. Mas, embora pareça reinar até os dias atuais, sobretudo posteriormente ao fim da guerra fria e da queda o sistema soviético, não há como negar que venha sofrendo com dificuldades teóricas e práticas.

Os grandes princípios sobre os quais está alicerçada e que caracterizam o desenvolvimento da democracia moderna, quais sejam, a concepção de *participação política* e o *princípio da igualdade*, vêm enfrentando a perda de sua eficácia retórica.

Diante de recentes fenômenos político-sociais, a tradicional ideia de participação encontra-se afetada pela crise da formatação a partir de partidos políticos que, no âmbito das democracias constitucionais do segundo pós-guerra, por longo período, concedeu suporte à atuação política. Além desse fator, pode-se mencionar a crescente influência da mídia de massa na formação e expressão do consenso.

¹ Juíza federal substituta junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Aplicado e em Direito Público.

Já o princípio da igualdade, não obstante conserve sua concepção formal, em sua perspectiva substancial se mostra inadequado ou insuficiente diante da diversidade cultural presente na comunidade nacional. Ou seja, a igualdade substancial pura e simples entre os indivíduos de nossa sociedade já não é viável pela mescla de diversas formas de pensamentos e comportamento existentes e que, a todo tempo, exigem reconhecimento e evidenciam as diferenças.

Dentro dessa lógica, a democracia deve ser repensada a partir da contextualização de suas bases, ou seja, da reformulação da igualdade dos indivíduos e de suas formas de participação nas decisões do Estado.

Neste contexto, o Poder Judiciário pode exercer um importante papel de descentralização do Poder, capaz de aproximar-se do povo e fornecer meios para sua inclusão nos debates que tocam questões caras ao Estado.

Para tanto, há necessidade de que o jurista atual supere a tendência dogmática de conceber as categorias processuais como se elas fossem eternas, em uma clara tentativa de equiparação do Direito às ciências naturais.

Como observa Ovídio A. Baptista da Silva:

O jurista - por isso que não lhe é dado perquirir sobre o 'por quê' de suas dificuldades - não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista - condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático - e carente de valores, conseqüentemente individualista e conflituosa².

Os conceitos e categorias fundamentais do processo civil brasileiro devem, dessa maneira, ser repensados, a fim de

² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301

permitir uma ampliação do campo de debate pelos mais variados segmentos sociais.

O tema relativo ao acesso à justiça, assume neste contexto, grande importância no sistema processual da atualidade. Dever-se-á buscar superar os obstáculos que frequentemente se interpõem entre o cidadão que pede Justiça e os procedimentos predispostos para concedê-la.

Assim, se, até o século passado, a pobreza não se constituía um problema relevante para as Cortes de Justiça, hoje a miséria das partes mostra-se como um fato a ser juridicamente considerado na medida em que, freqüentemente, afigura-se como um óbice ao acesso de muitos direitos e às instituições judiciais.

Novos institutos processuais voltados à essas preocupações são, portanto, imprescindíveis como o caso da assistência judiciária à partes menos favorecidas por advogados públicos ou dativos, a fim de permitir que as partes menos favorecidas tenham condições de participar das discussões jurídicas de forma mais efetiva.

Ora, como afirma Mauro Cappelletti:

Se é verdade que a **democracia** significa, antes de mais nada, **participação** e se é verdade que o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do **judicium**, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que se constituem em condições inarredáveis para a sua participação.

Um processo em que a parte esteja impossibilitada de participar efetivamente configura um atentado contra tudo aquilo que se tem de mais essencial no processo jurisdicional.³

O processo civil necessita, portanto, abrir-se para a configuração de novos instrumentos e técnicas processuais para que

³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 16-17.

proporcione o maior acesso possível à Justiça e à maior e mais ampla colaboração das partes para a formação da decisão judicial.

Há que se dar plena efetividade ao princípio do contraditório, visto atualmente não somente como o direito de ter ciência e poder responder aos pedidos da parte contrária, mas de apresentar suas teses e fundamentos ao magistrado e poder influir em seu convencimento⁴

A própria legitimidade das decisões judiciais depende de uma maior abertura à participação das partes, tornando o processo um espaço democrático.

Sob esse ângulo, chamam a atenção as lições de Jürgen Habermas, o qual tem se destacado por pensar os principais problemas sociais e humanos a partir da matriz da comunicação. Por essa razão, passar-se-á, em seguida, à análise dos principais pontos de sua abordagem.

2. A Razão Comunicativa e a Moral Formal de Jürgen Habermas

Como último pensador da Escola de Frankfurt, na segunda metade do século XX, Jürgen Habermas dá continuidade aos estudos de Karl-Otto Apel, debruçando-se sobre o tema da esfera pública das relações intersubjetivas e a validade da argumentação como instituição democrática de legitimação do Direito positivo.

Para tanto, inicia destacando quatro marcos do pensamento filosófico de nosso tempo: (1) o *pensamento pós-metafísico*, o qual seria guiado pela racionalidade do método científico e não mais pelo modelo metafísico de fisionomia platônica vigente até Hegel

⁴ Sobre esta nova visão acerca do Princípio do Contraditório versa Edilson Vitorelli: "A literatura da palavra 'contraditório' se tornou pequena para abarcar o que a garantia hoje representa. O conteúdo do princípio, tal como atualmente delimitado, pouco se relaciona com o sentido linguístico da palavra. Os autores, no intuito de conservar uma locução tradicional, perverteram seu significado. Aludir ao contraditório como garantia máxima do processo não sinaliza a compreensão que se pretende estabelecer, uma vez que, mais importante que contradizer é a oportunidade de participar da construção de uma decisão justa, em conjunto com os demais atores processuais". (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 155-156).

(logocêntrica, idealista e sustentada pela filosofia da consciência); (2) mudança da filosofia do *paradigma da consciência* para o *paradigma da linguagem*; (3) a razão teria passado a ser vista como finita, temporária e histórica; (4) e superação do *logocentrismo*, o qual utiliza a razão pura e simples como fonte de explicação de todas as coisas).

Com relação ao segundo ponto mencionado, sob a abordagem do *paradigma da consciência*, o sujeito é visto em sua relação direta com o objeto, sendo capaz de conhecê-lo, apto ao autoconhecimento e à dominação da natureza. Prevalece, assim, a ação do sujeito sobre o objeto, tornando-se absoluto e autônomo na construção do conhecimento. E, havendo uma autonomia das idéias e auto-suficiência do sujeito pensante, comumente não são consideradas as circunstâncias históricas e objetivas que envolvem esse processo.

Já no âmbito do *paradigma da razão comunicativa* (ou da *linguagem*), antes da relação entre sujeito e objeto, há a linguagem, a intersubjetividade. Os parâmetros de que a razão se utiliza para a apreensão do real já não estão centrados no próprio sujeito, mas na trama de experiências culturais e subjetivas que são construídas e compartilhadas entre os sujeitos por meio da linguagem.

Habermas utiliza, assim, um conceito amplo de razão, situada na história e na sociedade, refutando a concepção de razão pura. A razão instaurar-se-ia por meio da linguagem, da interação entre sujeitos, capazes de assim chegar a um entendimento e consenso.

Em sua visão, ao se comunicarem linguisticamente, os sujeitos partiriam necessariamente de um prévio consenso de que todos agiriam com pretensões de validade, que seriam pressupostas, sendo elas: (1) *pretensão de compreensibilidade (inteligibilidade)* da comunicação; (2) *pretensão de verdade* de conteúdo; (3) *pretensão de correção (justiça)* do conteúdo normativo; (4) *pretensão de sinceridade e autenticidade* relativas ao mundo.

Esse consenso antecipado acerca da pretensão de validade funcionaria como um pressuposto a partir do qual, através da argumentação, poder-se-ia produzir um verdadeiro consenso

posteriormente. Esse fim só poderia ser atingido pela comunicação argumentativa.

Para se chegar ao consenso racional, contudo, a situação de fala não seria a real, mas a idealizada, na qual os sujeitos possuiriam chances iguais nos atos de fala. Nesta condição de *fala ideal*, portanto, não se admitiria elemento algum de coação, força ou de violência. Dessa premissa resultariam as condições de igualdade comunicativa nos atos de fala: a exigência formal da verdade, sinceridade e correção normativa.

As *pretensões de verdade e correção* de conteúdo seriam aferidas pelo outro pelas suas razões. Já a *pretensão de sinceridade e autenticidade* seriam reconhecidas quando haveria evidências da consistência entre as palavras do falante e seu comportamento, gerando o convencimento de que não estaria mentindo.

Detalhando as pretensões de validade acima apontadas, a *pretensão de verdade* estaria relacionada aos *enunciados constataivos*, caracterizados pelos verbos que exprimiriam o conteúdo das proposições referentes aos fatos - afirmar, descrever, explicar; a *pretensão de justiça* da norma ligar-se-ia aos *enunciados regulativos*, os quais explicitariam o sentido da relação entre os sujeitos falantes (comandar, proibir, ordenar, recomendar); e a *pretensão de sinceridade* estaria correlata aos *enunciados representativos* (expressivos), os quais levariam o interlocutor a se auto-representar diante do outro (admitir, confessar, negar).

Em uma comunicação normal, cotidiana, essas três pretensões de validade se entrelaçariam, não havendo contestação fundamental dessas pretensões na comunicação habitual. Porém, poderiam e seriam questionadas em certos momentos, quando se formariam as discussões argumentativas.

Na *pretensão de sinceridade (veracidade)*, o resgate da confiança se daria pela própria comunicação normal (consistência entre a fala e o comportamento do orador). Já nas *pretensões de verdade e correção (justiça)*, a verificação ocorreria pela comunicação argumentativa.

O ponto de partida da argumentação discursiva seria, portanto, a suspensão da crença inicial da validade do que se afirma, podendo, ao final, em função do consenso alcançado, haver a confirmação ou não dos fatos apresentados inicialmente como verdadeiros (*pretensão de verdade* nos discursos teóricos), e a justificação ou refutação das normas tidas como justas (*pretensão de justiça* nos discursos práticos).

Realizada esta atitude de suspeitar da pretensão de validade arguida, Habermas estabelece o que denomina de *princípios-ponte*, os quais serviriam como mediadores que permitiriam a passagem do particular para o geral. Nos discursos teóricos, o *princípio-ponte* seria a *indução*, e, nos discursos práticos morais, seria a *universalização*.

Na concepção de Habermas, a ética discursiva consideraria que somente interesses universalizáveis poderiam servir de base para a justificação de normas. Assim, seriam válidas as normas sobre as quais haveria consenso, obtido por meio do discurso prático, por argumentação racional (*princípio da Ética do Discurso* - "D"). Este princípio "D" necessitaria, para ser aplicado, de um princípio-ponte, o critério da universalização (princípio "U"): condição de que as consequências e efeitos colaterais que presumivelmente resultem de sua observância universal (por todos), para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos e preferidos por todos os afetados, sem coação.

Em outras palavras, todas as normas seriam validáveis por meio do consenso obtido após discussões argumentativas racionais, desde que as consequências e efeitos colaterais dessa norma sejam aceitos por todos, inclusive os por ela afetados, em uma opção livre de coação.

Nesta perspectiva, a abordagem da validade das normas é feita de maneira estritamente formalista (embora sob uma perspectiva diversa dos demais filósofos formalistas, como Kant e Rawls, por firmar-se sob a relação intersubjetiva, e não mais centrada no sujeito), consistente na delimitação do moralmente válido, sem qualquer orientação de conteúdo. O pensador fixa

apenas o procedimento que possibilita o exame da validade das normas consideradas em sua condição ideal.

O conteúdo ético das argumentações, por sua vez, estaria embasada em valores culturais, obtidos por meio de uma tradição intersubjetiva compartilhada (paradigma da linguagem), variando, portanto, de uma sociedade para a outra e, por isso, não seria avaliado para fins de conferir validade e legitimidade aos enunciados normativos.

Aqui, Enrique Dussel traça forte crítica embasada na falta de um substrato material a fundamentar a moral, de maneira que a *Ética do Discurso* constituiria uma lógica vazia, incapaz de "descobrir eticamente a impossibilidade da reprodução e o desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade neste ou naquele sistema ético concreto, com conteúdos"⁵. Ou seja, limitando a validade das normas somente ao plano formal, sem verificação de seu conteúdo, a *Ética do Discurso* impediria a formação de uma visão crítica à respeito dos valores de que é imbuída, e, assim, a proteção da reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano.

Ademais, Dussel aponta que a *Ética do Discurso* aceitaria como válidas as normas postas consensualmente por gerações anteriores, sem poder elas ser questionadas pelas posteriores e impedindo a formação de uma avaliação crítica acerca do real assentimento dos humilhados e ofendidos do passado.

Assim, a teoria de Habermas tomaria as ações e normas problemáticas de forma hipotética, sem considerar os motivos operantes e as instituições vigentes que as teriam determinado. A *Ética da Liberdade*, por sua vez, defendida por Dussel, sem apartar o nível material da ética (não só cultural, mas a partir do âmbito universal da reprodução e do desenvolvimento da vida humana em geral), não

⁵ DUSSEL, Enrique. *Ética da Liberdade na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes. 2.000. p. 201.

negaria a existência desses motivos e contextos, mas os criticaria e pretenderia superá-los, sendo capaz de alterar a realidade.

Apontando, pois, a inexistência de uma participação efetiva de todos os afetados pela norma na formação do consenso que as tornaria válidas segundo a Ética do Discurso, expõe que a "eticidade pós-convencional crítica de libertação não deixa de levar em conta a cultura concreta dos oprimidos e excluídos - da qual parte materialmente"⁶.

Por fim, Dussel ainda indica as críticas tecidas à Ética do Discurso por Albrecht Wellmer, o qual mencionaria que não haveria condição de compreensão mútua ideal na realidade, sendo impossível se chegar a um consenso verdadeiro, além do fato da referida teoria não apontar como, quando e com quem se teria a obrigação de argumentar, já que a exigência de racionalidade se referiria somente ao reconhecimento de argumentos, enquanto as exigências morais seriam atinentes ao reconhecimento de pessoas.

Mas retomando o pensamento de Habermas, pelo princípio "U", esse incorpora a idéia contida no imperativo categórico de Kant de universalização dos mandamentos morais válidos, embora o encare sob uma perspectiva não mais centrada no sujeito (indivíduo singular), mas na intersubjetividade, em uma formulação dialógica.

Outra distinção que promove em relação à teoria de Kant acerca da ética é de que o princípio da universalização já não seria mais suficiente em si mesmo para validar a norma, num processo de decisão antecipado. O princípio "U" deveria ser justificado pelo conceito de *contradição performativa*, elaborado por Apel, segundo o qual um indivíduo não poderia negar *a priori* as pretensões de validade da fala de outro porque, para tanto, teria que se utilizar desses mesmos pressupostos para falar e contradizê-lo.

Ou seja, o conceito da *contradição performativa* determinaria que todos poderiam participar da discussão, já que

⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes. 2.000. p. 202.

não se poderia eliminar outro indivíduo do círculo de discussão sob pretexto de não reconhecer suas pretensões de validade. E se todos poderiam participar, poderiam realizar o consenso acerca das consequências da norma (princípio "U"), justificando a possibilidade de existência do Princípio "U".

Acerca da dualidade entre moralidade e Direito, Habermas aponta duas tendências do Direito na atualidade que seriam contraditórias: a *instrumentalização*, uma vez que se encontraria subordinado nas suas formulações e aplicações a imperativos funcionais; e *moralização*, já que a sociedade civil reivindicaria leis justas. Esta constatação seria o sinal de que o Direito estaria situado a meio caminho da moral e da política.

Para o pensador, o Direito seria, portanto, um sistema aberto a realidades políticas - porque seria produzido politicamente - e a argumentações morais - quando haveria necessidade de justificação de normas.

A justificação do Direito não estaria mais na tradição, na visão religiosa ou na elaboração metafísica. Deveria estar ancorado em uma racionalidade ética intersubjetiva, em uma superação paradigmática da filosofia do sujeito monológico. Explica-se.

Em seu âmbito de liberdade subjetiva, pouco importaria para o indivíduo se os argumentos que seriam decisivos para ele também seriam aceitos por outros. Para seus planos de ação particular não precisaria prestar contas ou apresentar argumentos a fim de justificá-las e convencer os demais. Até mesmo por essa razão, teria a liberdade de retirar-se do espaço público das obrigações de discurso recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca.

Mas para a concretização da idéia de autolegislação de civis (na qual esses seriam não só destinatários, mas também autores do Direito), não bastaria a compreensão do Direito como a soma de iguais liberdades subjetivas, como um direito fundamentado na moral, apenas aguardando sua positivação. Por isso, Habermas introduz o *princípio do discurso*, para que os sujeitos, em suas

liberdades subjetivas de ação, após rodadas de discussão, chegassem a um consenso e institucionalizassem regras para o exercício discursivo da autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica (Constituição). Ou seja, estabelecendo as regras do processo democrático de elaboração de normas.

O *princípio da democracia* passaria a conferir força legitimadora ao processo de normatização e por essa razão seria o núcleo de um sistema de direitos. Desta maneira, o mecanismo de produção do Direito (processo democrático) e o código de direitos possuiriam a mesma origem.

Com este raciocínio, Habermas se preocupa com questão da legitimação do Direito, sem recorrer ao *positivismo* (não entrega a força legitimadora do Direito à epistemologia ou à normatividade) ou ao *jusnaturalismo*. Traz argumentos que possibilitariam a fundamentação de um "sistema dos direitos" que respeitasse as autonomias pública e privada, afirmando que: "esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo"⁷. Este é o conceito de direitos fundamentais de Habermas.

Assim, Habermas estabelece que haveriam alguns direitos fundamentais que os cidadãos seriam obrigados a se atribuir mutuamente para que fosse possível o debate para a construção conjunta dos direitos (por meio do consenso), já que direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não podem impingir de fora, como uma restrição, mas seriam decorrentes da lógica.

Para tanto, introduz inicialmente três categorias, em abstrato, que possibilitariam a geração do próprio código jurídico, uam vez que determinariam o *status* das pessoas de direito:

⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158-159.

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;

Referidos direitos não poderiam ser interpretados no sentido de direitos liberais de defesa, uma vez que regulariam apenas as relações entre os civis livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado, contra o qual os civis precisariam proteger-se. Antes, esses três direitos fundamentais garantiriam a autonomia privada de sujeitos jurídicos na medida em que esses sujeitos se reconhecessem mutuamente em seu papel de destinatários de leis, fundando um *status* que lhes possibilitaria a pretensão de obter direitos e fazê-los valer reciprocamente, mas ainda sem serem autores da ordem jurídica. Ou seja, são direitos necessários para que os indivíduos se compreendam reciprocamente como destinatários da ordem jurídica.

Quanto ao primeiro direito acima mencionado, o *princípio do discurso* revelaria que todos teriam direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetivas. Seriam legítimas somente as regulamentações que fariam *jus* a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos.

Com relação ao segundo direito fundamental, o estabelecimento de um código jurídico exigiria direitos que regulassem a participação em uma determinada associação de parceiros jurídicos e, deste modo, permitindo a identificação de membros e não-membros, cidadãos e estranhos. Em comunidades organizadas na forma de Estado, tais direitos assumiriam a forma de direitos de participação no estado. O reconhecimento como membro permitiria a atribuição de direitos políticos.

Por fim, o terceiro direito fundamental arrolado indica que a institucionalização jurídica do código de direitos exigiria a garantia dos meios pelos quais o indivíduo que se sentisse prejudicado em seus direitos poderia fazer valer suas pretensões. Ora, da própria obrigatoriedade do Direito nasce a exigência de que, em caso de conflito, seja ele interpretado e aplicado através de um procedimento especial. Os sujeitos de direitos somente poderiam mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tivessem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidissem autoritariamente e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis.

Em seguida, Habermas fornece os direitos necessários para os indivíduos assumissem o papel também de autores de sua ordem jurídica:

- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo;
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) à (4).

Segundo ele, deveriam ser garantidas pelo Direito as condições sob as quais os cidadãos poderiam avaliar, à luz do *princípio do discurso*, se o Direito que estão criando seria legítimo. Para isso, perstar-se-iam os direitos fundamentais relativos à participação nos processos de formação de opinião e da vontade do legislador. A forma pela qual este igual direito de participação política e comunicação seriam exercidos seria estabelecida pelos próprios civis na Constituição (princípio da democracia).

De acordo com o *princípio do discurso*, poderiam pretender validade as normas que encontrassem o consentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que esses teriam

participado de discursos guiados pela razão. Os direitos políticos almejados teriam que assegurar, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um pudesse vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade circutíveis.

A liberdade comunicativa, por sua vez, estaria referida a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o uso público da liberdade comunicativa dependeriam de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Esses fariam supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto seriam legítimos.

Para Habermas, então, bastaria que a norma jurídica tivesse sido fruto de um consenso adquirido por meio de uma discussão argumentativa entre sujeitos com iguais direitos políticos de participação (liberdade comunicativa no seu uso público) para que fosse considerada válida, independentemente de seu conteúdo. Por essa razão é formalista e criticado por Dussel, como visto.

Haveria, de qualquer forma, a necessidade de que o Direito assegurasse igual liberdade comunicativa a todos e previsse os meios para a sua realização.

Observando o sistema de direitos desta maneira, tornar-se-ia compreensível a interligação entre a soberania do povo (autodeterminação) e direitos humanos (que permitiriam condições mínimas para a formação do Direito), e, portanto, a co-originariedade da autonomia política e privada. Com isso não se permitiria a restrição da autonomia política dos cidadãos por meio do Direito natural ou da moral, tampouco se asseguraria a autonomia privada dos indivíduos apenas para fins de uma legislação soberana.

Os direitos individuais que garantiriam a liberdade de ação apenas possibilitariam o exercício da autonomia política, não podendo restringir ou delimitar a soberania do legislador. A forma de exercício da soberania popular seria determinada pelos próprios civis.

Por esta linha de pensamento, torna-se claro que o sistema de direitos não seria dado previamente ao legislador constitucional como um direito natural, mas teria sido construído a partir de uma dada interpretação constituinte, ou seja, por opções feitas pelos seus autores historicamente situados.

E, ao tempo em que o sistema de direitos assegura tanto a autonomia política como a privada, operacionaliza a tensão entre *facticidade* e *validade*, ou seja, o aparente conflito entre positividade e a legitimidade do Direito.

Em conclusão, estando assegurada a liberdade de ação dos indivíduos, esses poderiam regulamentar a forma pela qual a liberdade comunicativa pública seria exercida (direitos políticos), concretizando o *princípio do discurso* em *princípio da democracia*. Prevendo a autonomia privada e pública, o ordenamento forneceria as bases para a legitimação do Direito positivado.

O Direito positivado não seria fruto, então, de uma imposição exterior, mas criado pelos próprios civis que seriam seus destinatários, em igualdade de condições. Daí adviria sua legitimidade, independentemente de seu conteúdo.

Com a proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso, pretende Habermas esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surgiria da legalidade. Tudo sem recorrer ao *positivismo* ou ao *jusnaturalismo*.

3. Conclusão

Independentemente de todas as críticas que possam ser feitas à teoria de Jürgen Habermas, inevitável admitir sua contribuição para a filosofia, pela superação do *paradigma da consciência, logocentrista* e abstrato, por meio do *paradigma da razão comunicativa*, mais pragmático, e do pensamento metafísico; para a política, por meio da fundamentação da social-democracia e do Estado de Direito a partir

de uma racionalidade formal; e para a ética, através do confronto entre a ética material e formal de seus predecessores.

Com sua abordagem, Habermas forneceu, assim, novos horizontes de reflexão quanto ao conhecimento e à socialização humana de nosso tempo.

Suas idéias democráticas permeiam o Direito e, portanto, o próprio processo civil atual, conduzindo à uma sempre necessária reflexão acerca de seus institutos e dos mecanismos processuais dispostos à proporcionar a maior abertura possível ao debate e à exposição de argumentos dirigidos à formação das decisões judiciais.

Referências

- BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes. 2.000. p. 169 - 236.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 154 - 168.
- HESPANHA. Antônio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92 - 124.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. Genesis: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 04, janeiro/abril de 1997.

***Design* constitucional e poder de agenda: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988 e dos regimentos internos**

Nestor Castilho Gomes¹

1. Introdução

O presente trabalho se insere no contexto de repensar o denominado *design constitucional*, a fim de promover novas maneiras de envolver os cidadãos no processo de tomada de decisão política². É conhecida a crítica de Roberto Gargarella à estrutura de poder centralizada e verticalizada das constituições latino-americanas³. Ocorre que nem todas as regras sobre processo legislativo e direito parlamentar estão previstas na Constituição. A Constituição Federal de 1988 confere razoável liberdade para o Congresso Nacional regulamentar e dispor sobre regras e procedimentos de trabalho legislativo, bem como outros assuntos que lhe são afetos. O Regimento Interno é considerado ato

¹ Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor do Curso de Direito da UNIVILLE – Joinville, Santa Catarina. Advogado. E-mail: nestorcastilho@bh.adv.br

² SMITH, Graham. **Democratic innovations: designing institutions for citizen participation**. Cambridge University Press, 2009.

³ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

normativo primário, por força dos arts. 51, inciso III, 52, inciso XII e 58, CF, regulando portanto o processo legislativo e fixando as regras de convivência política entre os interesses contrapostos⁴.

Há uma escassez de trabalhos jurídicos sobre as relações de determinação entre o conteúdo das resoluções, em especial os Regimentos Internos (Comum, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) e o processo legislativo. Os cursos de direito constitucional raramente abordam as normas regimentais que dialogam com o texto da Constituição. Igualmente, são raros os trabalhos que analisam como as normas regimentais são capazes de condicionar e dirigir o processo legislativo, regulamentado na Constituição Federal de 1988 entre os arts. 59 a 69. Nota-se um maior esforço de pesquisa entre os cientistas políticos, preocupados em interligar o “presidencialismo de coalização” e a estrutura do Congresso Nacional, especialmente o relacionamento que travam os poderes Legislativo e Executivo⁵.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar quem detém o poder de agenda no processo legislativo brasileiro, quais as normas constitucionais e regimentais que regem o poder de agenda, bem como as possíveis inter-relações entre o denominado “presidencialismo de coalizão⁶” e as normas regimentais formuladas pelo Congresso Nacional. O estudo parte do pressuposto delineado por Santiago Nino, de que não é possível discutir Constituição, sistemas de governo, sistemas eleitorais e

⁴ AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1049.

⁵ Nesse sentido a crítica realizada por Sérgio Antônio Ferreira Victor. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

⁶ Sérgio Abranches foi o pioneiro no uso da expressão “presidencialismo de coalização”. Em artigo publicado em 1988 sustentava um caráter original ao presidencialismo brasileiro, eis que combinaria proporcionalidade, multipartidarismo e “presidencialismo imperial” sob o manto de grandes coalizões partidárias, o que geraria instabilidade democrática. *Vide*: ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. In: Dados 31, 1988, pp. 5-33.

partidos políticos de forma isolada, pois há uma imbricação entre todos esses elementos⁷.

Dessa forma, a segunda seção intenta descrever as relações entre presidencialismo, pluripartidarismo e sistema eleitoral no Brasil. O escopo é contrapor a análise pessimista realizada por parte da doutrina com a pesquisa empírica realizada por cientistas políticos, que apontam para uma significativa aproximação entre governos parlamentaristas e o presidencialismo brasileiro.

A terceira seção expõe o chamado poder de agenda do Presidente da República. Assim, são descritos os elementos normativos que permitem ao Presidente da República, de fato e de direito, dirigir o processo legislativo brasileiro. A seção explora uma série de pesquisas empíricas pré e pós-1988, bem como aquelas levadas a cabo no exterior, relativamente a governos parlamentaristas, no intuito de verificar a taxa de sucesso e a taxa de dominância do Poder Executivo nacional.

A quarta seção apresenta as normas regimentais que concentram o poder decisório nas mãos dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e no Colégio de Líderes. A seção dissectiona os dispositivos regimentais que fixam o papel das Mesas Diretoras, o conceito de “lideranças”, as prerrogativas dos líderes e as atribuições do Colégio de Líderes. Em conclusão, são resumidos os principais pontos defendidos nas seções anteriores, bem como propostos temas para estudos futuros.

2. Presidencialismo, pluripartidarismo e sistema eleitoral.

Há um contumaz diagnóstico pessimista na doutrina brasileira acerca do presidencialismo, tal qual delineado na Constituição Federal de 1988. O raciocínio deriva do encadeamento causal entre presidencialismo, pluripartidarismo e sistema

⁷ NINO, Carlos Santiago. **El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia.** In: *Propuesta y control*, vol. 13, Set/Out. 1990. pp. 1263-1283.

eleitoral⁸. Essa combinação de fatores acarretaria em paralisia e incapacidade do Executivo implementar a agenda política para o qual, supostamente, foi eleito pela população. Nessa esteira, o raciocínio se desdobra na seguinte cadeia: o sistema proporcional geraria o pluripartidarismo; o pluripartidarismo acarretaria na fragmentação política do Parlamento, dada a improbabilidade de que um único partido conquiste mais da metade das cadeiras em disputa, aumentando as chances do Presidente da República governar sem uma base parlamentar majoritária⁹.

Para além disso, o sistema eleitoral proporcional padeceria do vício do voto em lista aberta. Conforme sustenta Fabiano Santos, há uma literatura que relaciona o tipo de voto que elege o representante político com o seu comportamento futuro mais ou menos individualista. Assim, o voto personalizado seria o modo de relacionamento entre o representante e sua base eleitoral marcado pela falta de qualquer referência partidária. A pouca disposição congressual em contribuir com os interesses políticos do Poder Executivo adviria dos compromissos firmados com as respectivas bases eleitorais. Esse mecanismo de voto teria o condão de retirar das lideranças partidárias a controlabilidade do comportamento legislativo das suas bancadas¹⁰.

Ocorre que as pesquisas empíricas realizadas no período pós-1988 não corroboram as previsões catastrofistas elaboradas pela doutrina, a despeito do caráter aparentemente lógico do raciocínio causal¹¹. Em estudo elaborado em 2006, Fernando Limongi demonstra que: (i) o governo é capaz de governar, razão

⁸ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política brasileira**. In: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

⁹ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política brasileira**. In: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

¹⁰ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política brasileira**. In: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

¹¹ LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. In: *Novos Estudos* 76, novembro de 2006.

pela qual não se pode falar em ingovernabilidade; (ii) os partidos políticos são capazes de fornecer sustentação política às propostas do governo. Em conclusão, o pluripartidarismo brasileiro não acarretaria na impossibilidade de estruturação de coalizões partidárias com significativas taxas de sucesso e hegemonia.

Segundo Limongi, dois indicadores são capazes de caracterizar os governos parlamentaristas contemporâneos: (i) a *taxa de sucesso*, isto é, das proposições de iniciativa do Executivo, a proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder; (ii) a *taxa de dominância*, que significa o percentual de leis cuja proposição se deve ao Executivo do total de leis aprovadas no período¹². Números coletados por instituições internacionais demonstram que tanto a taxa de sucesso quanto a taxa de dominância nos países parlamentaristas atingem em média 90%. As altas taxas de sucesso e de dominância são um sucedâneo da existência de disciplina partidária no âmbito do Poder Legislativo em países parlamentaristas. Em síntese, o parlamentarismo repousaria em dois pilares sólidos: supremacia do Executivo e apoio partidário eficiente¹³.

E o Brasil? Estudos empíricos demonstram que o Brasil não é diferente de democracias ocidentais parlamentaristas. A taxa de sucesso no período 1988 até 2006 é de 70,7%. De outro lado, a taxa de dominância é de 85,6%. Nesse aspecto, Itamar Franco e Luís Inácio Lula da Silva possuem dominância acima de 90%, enquanto Fernando Henrique Cardoso teve taxa de 85%¹⁴. Conforme se verá, o texto constitucional, a estrutura institucional adotada e os regimentos internos são parcialmente responsáveis por essas taxas de sucesso e dominância.

¹² LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. In: Novos Estudos 76, novembro de 2006, p. 21.

¹³ LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. In: Novos Estudos 76, novembro de 2006, p. 22-23.

¹⁴ LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. In: Novos Estudos 76, novembro de 2006.

Estudos comprovam que a disciplina partidária é a tônica no Brasil. Segundo Tsebelis, disciplina partidária é a habilidade que o partido tem de controlar o voto de seus membros dentro do parlamento¹⁵. As evidências empíricas apontam que o apoio obtido pelo Chefe do Poder Executivo nas votações não decorre de barganhas individuais com parlamentares, pois os partidos são coesos e disciplinados, votando de acordo com as indicações de suas lideranças¹⁶. O conceito técnico de voto disciplinado é o seguinte: proporção de votos dos membros de um partido que acompanham o voto de seu líder¹⁷. Segundo Limongi, no período 1988-2006, a disciplina média da base do governo foi de 87,4% nas 842 votações de matérias ordinárias e não unânimes ocorridas no período. A despeito da disciplina partidária ligeiramente inferior aos países parlamentares (em que é quase unânime), há indubitavelmente previsibilidade. O plenário é previsível, pois os líderes partidários podem garantir vitórias contando apenas com suas bancadas. O Presidente da República saiu vitorioso em 91,3% das 842 votações realizadas no período. Ou seja: o Poder Executivo dificilmente é derrotado¹⁸.

É curioso notar que o grau de disciplina partidária média aumentou substancialmente no período pós-1988 em relação às legislaturas do período 1946-1964, último ciclo democrático antes

¹⁵ TSEBELIS, G. *Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism, and Multipartism*. In: *British Journal of Political Science*, vol. 25, 1995, p. 289-325.

¹⁶ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 101.

¹⁷ SANTOS, Fabiano. *Patronagem e poder de agenda na política brasileira*. In: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

¹⁸ Conforme esclarece Limongi, a bancada do governo perde consistência quando um dos partidos da base não segue a liderança do governo, quando a taxa de apoio cai para 70,1%. Ou seja: há dissensão interna quando um dos líderes dos partidos da base indica voto em desacordo com o líder do governo. Na maioria das derrotas a indisciplina não foi o problema, mas a divisão interna: um dos partidos não seguiu a orientação do líder do governo. LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. In: *Novos Estudos* 76, novembro de 2006, pp. 24-25.

do golpe militar de 31 de março de 1964¹⁹. Conforme se infere da tabela abaixo²⁰, a disciplina partidária dos grandes partidos políticos brasileiros no período 1946-1963 jamais foi superior a 70,5%²¹. Segundo Santos, em razão do reduzido grau de disciplina partidária, os presidentes procuravam obter apoio políticos aos seus projetos junto aos partidos oposicionistas, em especial a União Democrática Nacional - UDN, cujo índice de disciplina é sistematicamente inferior aos demais partidos. Essa estratégia presidencial terminava por aprofundar a divisão partidária, quer da própria base de apoio, quer da ala oposicionista²².

Disciplina Média dos Grandes Partidos por Legislatura
(1946-1963)

Partidos	1946-1950			1951-1954			1955-1958			1959-1960			1963		
	Índice de disciplina	Índice de público	Nº de votações	Índice de disciplina	Índice de público	Nº de votações	Índice de disciplina	Índice de público	Nº de votações	Índice de disciplina	Índice de público	Nº de votações	Índice de disciplina	Índice de público	Nº de votações
PSD	66,6	26,8	112	36,7	25,9	302	56,3	26,9	383	63,1	27,3	155	51,7	28,1	29
UDN	51,9	29,1	112	30,1	26,7	302	51,5	28,0	383	51,3	28,0	155	60,0	27,9	29
PTB	55,7	29,8	112	56,6	26,0	302	56,8	29,9	383	70,5	36,7	155	75,6	27,3	29
PR	68,3	29,6	112	53,9	33,2	302	53,2	30,8	383	44,8	28,4	155	57,9	32,5	29
PSP	-	-	-	59,6	30,0	302	55,7	29,8	383	58,3	27,2	155	43,1	30,8	29

De outro lado, durante o período 1988-2009, há uma média geral de 78,5% de disciplina partidária no Senado, muito próxima da

¹⁹ AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. **A conexão presidencial: facções pró e antigoverno e disciplina partidária no Brasil.** *Dados* [online]. 2001, vol. 44, n.º 2. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582001000200003>.

²⁰ Tabela formulada em: AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. **A conexão presidencial: facções pró e antigoverno e disciplina partidária no Brasil.** *Dados* [online]. 2001, vol. 44, n.º 2. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582001000200003>.

²¹ Santos e Amorim Neto entendem “disciplina partidária” como o grau de unidade do partido nas decisões legislativas tomadas em votações nominiais. Os Autores utilizam como indicador operacional o índice convencional de Rice, cuja fórmula é: $R_i, x = \% \text{ de votos sim} - \% \text{ de votos não}$. Assim, subtraem a porcentagem dos membros do partido “i” que, na votação nominal “x”, se opuseram à decisão da porcentagem dos que votaram a favor, e tomam o valor absoluto da subtração. Para além disso, como nem todas as votações nominiais são significativas no que concerne ao conflito partidário, definem como critério de relevância de uma votação nominal um ponto de corte de 10% de conflito partidário — isto é, somente incluem na amostra as votações em que pelo menos 10% dos deputados votaram contra a maioria. *Vide*: AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. **A conexão presidencial: facções pró e antigoverno e disciplina partidária no Brasil.** *Dados* [online]. 2001, vol. 44, n.º 2. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582001000200003>.

²² SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política brasileira.** *In*: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

encontrada na Câmara, de 81,2%. Quando são incluídas todas as votações – isto é, sem o corte das unânimes – o índice de Rice do primeiro sobe para 91,2% no Senado e para 88,6% na Câmara²³. É possível concluir, portanto, que os partidos políticos no período pós-1988 atuam de maneira disciplinada, seguindo a orientação dos líderes partidários, o que permitiria a calculabilidade e a previsibilidade das votações. Nos dizeres de Limongi e Figueiredo: “numa votação qualquer, pode-se esperar que 85% dos membros de qualquer dos grandes partidos votarão da mesma forma. O Congresso brasileiro está longe de ser tão errático quanto se apregoa”²⁴.

Índice de Rice (não corrigido)

Partido	Senado	Câmara	Diferença
PMDB	0,69	0,73	- 0,04
PFL/DEM	0,77	0,82	- 0,05
PSDB	0,78	0,83	- 0,05
PT	0,91	0,96	- 0,05
PTB	0,80	0,78	+ 0,02
PDT	0,82	0,85	- 0,03
PPB	0,78	0,73	+ 0,05
PSB	0,92	0,86	+ 0,06
PPS	0,97	0,83	+ 0,14
PPR	0,71	0,74	- 0,03
Todos	78,5	81,2	- 2,7

²³ Os números e a tabela decorrem da pesquisa realizada por Pedro Robson Ferreira Neiva. O autor esclarece que a análise decorre exclusivamente das votações nominais, isto é, aquelas em que os votos dos senadores e deputados são registrados e divulgados publicamente. A pesquisa realizada abrangeu os 21 anos posteriores à promulgação da Constituição (1989-2009), ou seja, seis legislaturas e o mandato de cinco presidentes. Nesse período, o Autor encontrou 2.307 votações na Câmara e 1.381 no Senado. Na pesquisa foram excluídas da análise as votações que apresentaram menos de 10% de discordância, patamar que tem sido utilizado por pesquisadores que analisaram a Câmara dos Deputados no Brasil. Isso fez com que as 1.381 votações no Senado e 2.307 na Câmara fossem reduzidas para amostras de 646 (46,8%) e 1.771 (76,8%), respectivamente. NEIVA, Pedro Robson Pereira. Coesão e disciplina partidária no Senado Federal. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 2, p. 289-318, 2011. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S001152582011000200003&lng=en&nrm=iso>. access on 08 Sept. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582011000200003>.

²⁴ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 82.

Verifica-se, portanto, que a combinação presidencialismo, sistema eleitoral proporcional de lista aberta e pluripartidarismo não é capaz de impedir o efetivo funcionamento do governo e tampouco transforma a democracia brasileira em algo inusitado e/ou original²⁵. Na lição de Limongi e “os presidentes ‘formam o governo’ da mesma forma que os primeiros ministros multipartidários, isto é, distribuem ministérios aos partidos e formam assim uma coalizão que deve assegurar os votos necessários no Legislativo”²⁶.

Desse modo, convém investigar a existência de dispositivos normativos capazes de justificar e/ou determinar o controle exercido pelo Poder Executivo sobre o processo legislativo e dos partidos políticos sobre o comportamento dos deputados.

3. O poder de agenda do Presidente da República.

Como visto na seção precedente, o Poder Executivo no Brasil é capaz de aprovar a sua agenda legislativa. As taxas de sucesso e dominância permitem concluir que o governo brasileiro governa como governam os governos em sistemas parlamentaristas²⁷. Contribui para esse fato o arcabouço normativo inaugurado com a Constituição Federal de 1988²⁸. O Presidente da República possui poderes institucionais, conferidos pela Constituição, para influenciar a dinâmica do processo legislativo. A Constituição Federal de 1988 confere ao Presidente: (i) a faculdade de convocar

²⁵ Uma “jabuticaba” na linguagem preconceituosa de certos analistas, que padecem de um certo complexo de vira-latas.

²⁶ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 101.

²⁷ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. **Poder de Agenda e Políticas Substantivas**. 2018.

²⁸ Fabiano Santos compara a taxa de sucesso e a taxa de dominância do Executivo sob a égide das Constituições de 1946 e 1988. No período pós-1988 as taxas de sucesso e dominância são substancialmente maiores que no período 1946-1964. O autor credita esse sucesso às diferenças normativas entre as duas constituições. SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política brasileira**. In: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

sessões extraordinárias (art. 57, § 6º, II, CF); (ii) a iniciativa privativa de lei (art. 61, § 1º, CF), (iii) a edição de medidas provisórias (art. 62, CF); (iv) pedidos de urgência (art. 64, § 1º, CF); (v) a oposição de veto (art. 66, CF). Convém tecer algumas considerações sobre esses instrumentos.

O Congresso pode ser convocado, em caso de urgência ou interesse público relevante, pelo Presidente da República (art. 57, § 6º, II, CF). Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, a não ser que haja medidas provisórias em vigor na data da convocação (art. 57, § 7º, CF). Nesse caso, as MPs são automaticamente incluídas na pauta (art. 57, § 8º, CF). A faculdade do Presidente da República convocar sessões extraordinárias autonomamente avigora o poder de agenda, pois quem detém o poder de convocação pode forçar a deliberação sobre os projetos de sua conveniência. Cumpre frisar, porém, que o dispositivo normativo mais utilizado para impor matérias à deliberação do Congresso Nacional, com possibilidade de sobrestar as demais proposições, não são as convocações extraordinárias, mas as medidas provisórias.

O art. 62, CF, confere ao Presidente da República a possibilidade de atividade legislativa, mediante a edição de medidas provisórias. Trata-se de espécie normativa de caráter emergencial e precário, cujos efeitos imediatos são: (i) inovar a ordem jurídica, e; (ii) obrigar o Congresso Nacional a deliberar sobre o assunto. Os pressupostos objetivos da medida provisória são a relevância e a urgência. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, para que se legitime a edição da medida provisória, deve estar configurada uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação ao interesse público²⁹. De todo modo, é certo que a relevância e a urgência estão sujeitas à avaliação discricionária do Presidente da República, ainda que, excepcionalmente, recaiam ao controle do Poder

²⁹ Vide: ADI-MC 293.

Judiciário. A despeito das limitações de conteúdo às medidas provisórias (art. 62, §§ 1º e 2º, CF), todas os presidentes pós-1988 tem se valido dessa medida, eis que é capaz de reduzir os custos de coordenação das políticas sobre as quais há consenso³⁰.

Para além disso, a edição de medidas provisórias significa grande poder de agenda, pois o Presidente da República pode criar direito novo, alterando o *status quo* legal, econômico e sócio-político, criando em paralelo custos políticos para a desconstituição do novo *status* legal. Nos dizeres de Sérgio Victor: “a alteração do momento de análise das políticas públicas, que passa a ser posterior à própria implementação delas” gera “efeitos deletérios sobre a deliberação parlamentar, relativos aos custos e benefícios acerca do afastamento da política em vigor”³¹.

Outros dispositivos constitucionais contribuem para o protagonismo presidencial na definição da agenda. A Constituição Federal de 1988 (e. g., arts. 61, § 1º, 84, inciso XXIII, 165, *caput*) estabelece matérias de iniciativa reservada do Presidente da República, dentre elas tributação, orçamento, criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, etc. Nos dizeres de Limongi e Figueiredo: “O Executivo detém a prerrogativa de iniciar a

³⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

³¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115. Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues apresenta importantes dados sobre a edição de decretos legislativos em decorrência de medidas provisórias rejeitadas ou que perderam eficácia por decurso de prazo. Segundo a autora, “nos quase treze anos de redação originária do art. 62 da Constituição, 22 medidas provisórias foram rejeitadas e 34 perderam a eficácia por ausência de conversão. Todavia, emanaram-se apenas quatro decretos legislativos em cumprimento ao disposto no parágrafo único daquele artigo”. Após a Emenda Constitucional n.º 32/2001 até 2003, “foram 14 as medidas provisórias rejeitadas, sem que tenha havido a edição de qualquer decreto legislativo”. Esses números parecem apontar para a dificuldade. RODRIGUES, Ana Cláudia Manso S. O. **A Medida Provisória não Convertida em Lei e a Edição de Decreto Legislativo**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1403/871>. Acesso em 09.09.2018.

legislação de interesse e, dessa forma, pode explorar estrategicamente esse direito. O legislativo, porque age somente após o executivo ter feito a proposta, tem seu raio de ação limitado”³². As leis de iniciativa reservada do Presidente da República tem o condão de resguardar ao seu titular a decisão sobre o momento de propor direito novo sobre determinadas matérias, bem como impor o objetivo e o patamar da despesa que a lei gerará, pois as emendas parlamentares não podem aumentar a despesa inicialmente prevista, nos termos do art. 63, inciso I, CF³³. Isso é particularmente importante nos projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), pois as emendas parlamentares devem observar as restrições fixadas no art. 166, § 3º e § 4º, CF, o que torna praticamente impossível viabilizar qualquer emenda sem prévia negociação com o Poder Executivo.

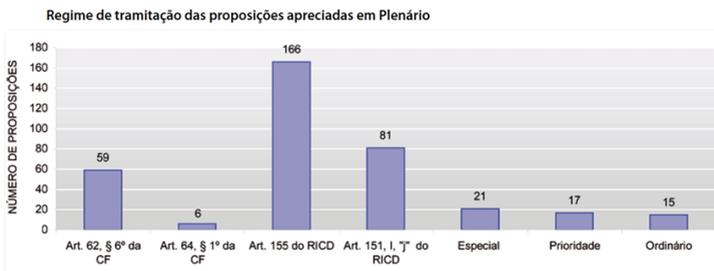
A urgência constitucional encontra amparo no art. 64, § 1º, CF, que dispõe que o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, seja ela reservada ou não. O art. 151, I, alínea “I”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados reproduz o dispositivo constitucional, ao estabelecer que, quanto à natureza de sua tramitação, são urgentes as proposições de iniciativa do Presidente da República, com solicitação de urgência. No regime de urgência, cada uma das duas casas do Congresso Nacional possui a obrigação de apreciação do projeto em 45 dias. Em caso de não decisão, ocorre o sobrestamento de todas as demais deliberações da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação (art. 64, § 2º, CF).

A título de exemplo, convém apresentar alguns dados do ano de 2008, última oportunidade em que foi publicado o anuário estatístico de atividades legislativas, publicado pela Câmara dos

³² LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. **Poder de Agenda e Políticas Substantivas**. 2018.

³³ JUNIOR, Gabriel Dezen. **Processo legislativo completo esquematizado em quadros**. Brasília: Alumnus, 2017, p. 228.

Deputados. Nesse ano foram apreciadas 365 proposições pelo Plenário, sendo: (i) 21 Propostas de Emenda à Constituição; (ii) 43 Projetos de Lei Complementar; (iii) 147 Projetos de Lei; (iv) 59 Medidas Provisórias; (v) 85 Projetos de Decreto Legislativo; (vi) 10 Projetos de Resoluções. Desse total de proposições, 6 (seis) foram apreciadas segundo o regime de urgência previsto no art. 64, § 1º, CF e 81 (oitenta e uma) foram apreciadas segundo o regime de urgência previsto no art. 155, I, alínea “j”, do RICD. Vejamos³⁴:



A urgência constitucional indubitavelmente confere poder de agenda ao Presidente da República, pois impõe prazos limitados a cada Casa do Congresso Nacional, para além de ser um instrumento capaz de monopolizar os trabalhos legislativos, em detrimento dos projetos de lei de autoria dos deputados e senadores³⁵.

Finalmente, o veto exercido pelo Presidente da República impõe ao Legislativo uma nova deliberação. Como se sabe, o veto é ato de discordância do Presidente da República em relação ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional. O veto será sempre expresse e motivado. São requisitos constitucionais a contrariedade ao interesse público ou a inconstitucionalidade (art. 66, § 1º, CF). O veto pode ser total ou parcial e só poderá abranger

³⁴ A tabela consta do Anuário estatístico de atividades legislativas. *Vide*: Anuário estatístico das atividades legislativas. – Ano 1 (2005) – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2005-Anual.

³⁵ JUNIOR, Gabriel Dezen. **Processo legislativo completo esquematizado em quadros**. Brasília: Alumnus, 2017, p. 251.

texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2º, CF). Nos termos da Constituição Federal de 1988, o veto só poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta (art. 66, § 4º, CF).

A jurisprudência do STF e o § 6º do art. 66, CF, potencializam o poder de agenda do Presidente da República. De um lado, o § 6º estabelece que esgotado o prazo de 30 dias para deliberação das razões do veto, em sessão conjunta do Congresso Nacional, restam sobrestadas as matérias da pauta do Congresso Nacional³⁶. De outro, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a pendência do veto, sendo parcial, não impede a promulgação como lei da parte remanescente do projeto. Ou seja, a vontade do Presidente da República preponderará, já que se admite que a lei entre em vigor “aos pedaços”. Assim, do ponto de vista político, o veto serve: (i) à demonstração de liderança legislativa por parte do Presidente da República; (ii) como constante ameaça aos proponentes de projetos; (iii) como instrumento de negociação para elaboração de outros projetos em substituição aos rejeitados³⁷.

4. O poder de agenda dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e o papel dos líderes partidários.

O legislador constituinte conferiu à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal competência privativa para elaborarem seus respectivos regimentos internos (arts. 51, III e 52, XII, CF). À luz do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, as resoluções destinam-se a regular, com eficácia de lei ordinária, matérias da competência privativa da Câmara dos Deputados, de caráter

³⁶ O dispositivo em comento se mostrou faticamente ineficaz. Conforme demonstram diversas reportagens jornalísticas, o Congresso Nacional chegou a ter mais de 3.000 (três mil) vetos pendentes de apreciação, sem que o trancamento da pauta ocorresse. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI173357,91041STF+libera+Congresso+de+analise+cro nologica+dos+vetos> Acesso em 10.09.2018.

³⁷ JUNIOR, Gabriel Dezen. *Processo legislativo completo esquematizado em quadros*. Brasília: Alumnus, 2017, p. 272.

político, processual, legislativo ou administrativo, ou quando deva a Câmara pronunciar-se em casos concretos (RICD, art. 109, III)³⁸.

Segundo o último anuário estatístico de atividades legislativas, publicado pela Câmara dos Deputados em 2008, foram apresentadas no referido ano 3.096 (três mil e noventa e seis) proposições legislativas, provenientes dos seguintes órgãos e autoridades: (i) 109 proposições de iniciativa do Presidente da República; (ii) 18 proposições de iniciativa do Congresso Nacional; (iv) 886 proposições de iniciativa de Comissões da Câmara dos Deputados; (v) 1.912 proposições provenientes de Deputados; (vi) 12 proposições de iniciativa dos Tribunais Superiores. A questão que se coloca é: em um universo de milhares de projetos de lei, quem escolhe quais projetos serão votados e analisados? Conforme se verá, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Colégio de Líderes e o Presidente do Senado Federal comandam o processo legislativo. Importa, assim, analisar os dispositivos que regem o processo legislativo brasileiro.

Na coordenação geral dos trabalhos legislativos atuam as Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional. As Mesas Diretoras são órgãos compostos por presidente, vice-presidentes e secretários (art. 14, § 1º, RICD). Nos termos do art. 58, § 1º, CF, na constituição das Mesas é assegurado, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. De mais a mais, é o Presidente da Câmara quem conduz os trabalhos do Plenário e decide quais propostas serão colocadas em votação (art. 17, RICD). No mesmo sentido, o Presidente do Senado Federal (art. 48, RISF).

Para além disso, existem outros atores dotados de enorme poder de influência na condução dos trabalhos legislativos: as lideranças³⁹. As lideranças se dividem em: (i) partidárias; (ii) de

³⁸ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. **Curso de regimento interno**. 4ª ed. Brasília: Edições Câmara, 2016. p. 173.

³⁹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 123.

governo; (iii) da maioria; (iv) da minoria; e representam, respectivamente, os interesses das bancadas, do Poder Executivo perante a Câmara e da oposição. As lideranças atuam juntamente com a Presidência da Casa numa série de atos inerentes ao processo legislativo.

As lideranças das representações partidárias ou Blocos Parlamentares serão escolhidas sempre que a representação for igual ou superior a um centésimo da composição da Câmara. De acordo com o art. 9º, §§ 2º e 3º, a escolha do Líder será comunicada à Mesa, no início de cada legislatura, ou após a criação de Bloco Parlamentar, em documento subscrito pela maioria absoluta dos integrantes da representação. Os Líderes permanecerão no exercício de suas funções até que nova indicação venha a ser feita pela respectiva representação. É importante ressaltar que o reconhecimento da importância das lideranças decorre de lei⁴⁰. O art. 12 da Lei n.º 9.096/1995 estabelece que o partido político funcionará “por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas Casas e as normas desta Lei”.

Conforme o art. 11 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 66-A do Regimento Interno do Senado Federal, a indicação do líder de governo compete ao Presidente da República. Igualmente, o art. 13, parágrafo único do RICD e 65, § 5º, RISF, fixam o conceito de “Maioria” e “Minoria” da respectiva Casa. Constitui a Maioria o Partido ou Bloco Parlamentar integrado pela maioria absoluta dos membros da Casa, considerando-se Minoria a representação imediatamente inferior que, em relação ao Governo, expresse posição diversa da Maioria. Porém, se nenhuma representação atingir a maioria absoluta, assume as funções regimentais e constitucionais da Maioria o Partido ou Bloco Parlamentar que tiver o maior número de representantes.

⁴⁰ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 120.

O art. 10 do RICD lista as prerrogativas dos líderes, quais sejam: (i) fazer uso da palavra, nos termos do art. 66, §§ 1º e 3º, combinado com o art. 89; (ii) inscrever membros da bancada para o horário destinado às Comunicações Parlamentares (iii) participar, pessoalmente ou por intermédio dos seus Vice-Líderes, dos trabalhos de qualquer Comissão de que não seja membro, sem direito a voto, mas podendo encaminhar a votação ou requerer verificação desta (iv) encaminhar a votação de qualquer proposição sujeita à deliberação do Plenário, para orientar sua bancada, por tempo não superior a um minuto (v) registrar os candidatos do Partido ou Bloco Parlamentar para concorrer aos cargos da Mesa, e atender ao que dispõe o inciso III do art. 8º (vi) indicar à Mesa os membros da bancada para compor as Comissões, e, a qualquer tempo, substituí-los.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados positivou o chamado “Colégio de Líderes”. Nos termos do art. 20, *caput*, do RICD, os líderes da Maioria, da Minoria, dos partidos, dos blocos parlamentares e do governo constituem o Colégio de Líderes. Trata-se de órgão deliberativo e opinativo de caráter eminentemente político⁴¹. Em princípio suas deliberações serão tomadas mediante consenso. Caso isso não seja possível, prevalecerá o critério da maioria absoluta, ponderados os votos dos líderes em função da expressão numérica da bancada (art. 20, § 2º, RICD).

As atribuições do Colégio de Líderes estão distribuídas ao longo do RICD⁴². Destacam-se sobretudo a competência para auxiliar o presidente na organização da agenda mensal de matérias para apreciação da Câmara no mês subsequente (art. 17, I, s, RICD) e o direito subjetivo de convocar sessões extraordinárias (art. 67, § 1º, RICD).

Na lição de Limongi, “os líderes dispõem de um arsenal significativo de recursos por meio dos quais controlam e

⁴¹ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. **Curso de regimento interno**. 4ª ed. Brasília: Edições Câmara, 2016. p. 141.

⁴² *Vide*: arts. 15, X, XI, 25, 42, 66, § 4º, 72, 84, 92 e 160, § 4º, do RICD.

circunscrevem a atuação dos parlamentares”⁴³. Igualmente, Victor Aguiar Jardim de Amorim sustenta que as lideranças servem como forma de “neutralizar o impacto das estratégias individualistas dos parlamentares”⁴⁴.

A análise dos regimentos internos permite concluir pela existência de uma concentração de poder acerca do fluxo do processo legislativo nas mãos dos Presidentes das Mesas Diretoras e dos líderes partidários. Consoante a lição de Sérgio Antônio Ferreira Victor:

Dessa forma, há pouca participação individual dos parlamentares nas votações de projetos de lei, as lideranças controlam o fluxo dos trabalhos parlamentares, desde a formação da pauta, e deslocam as votações para o Plenário, onde elevam seus respectivos poderes decisórios, ao passo que diminuem as possibilidades de interferência dos congressistas individualmente considerados⁴⁵.

5. Conclusões

O Presidente da República possui poder de agenda, isto é, a capacidade de determinar quais propostas serão consideradas pelo Congresso Nacional e também quando o serão. As normas constitucionais o beneficiam, pois lhe conferem poderes institucionais para influenciar a dinâmica do processo legislativo.

De outro lado, as normas regimentais atribuem enorme protagonismo na condução do processo legislativo ao Presidente da Câmara, ao Presidente do Senado Federal, aos líderes e ao Colégio de Líderes. Nesse sentido, parece haver uma inter-relação entre o presidencialismo de coalizção e as normas regimentais. A

⁴³ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

⁴⁴ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 124.

⁴⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizção: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 123.

conjugação de poder de agenda por parte do Executivo e centralização do processo decisório nas mãos das lideranças, confere ao governo uma posição privilegiada para negociar apoio a partir de bases partidárias e não em moldes individuais⁴⁶.

Finalmente, convém refletir sobre a normatização do processo legislativo por meio dos regimentos internos. Atualmente, inexistem mecanismos que permitam a efetiva participação da sociedade na definição da agenda legislativa. Futuras pesquisas sobre *design* constitucional poderão problematizar: (i) a necessidade de constitucionalização de aspectos do processo legislativo, retirando do Parlamento aspectos regulatórios; (ii) como considerar as opiniões da sociedade sobre cada projeto de lei, permitindo a participação da sociedade na formulação da agenda legislativa.

6. Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. In: Dados 31, 1988.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. **A conexão presidencial: facções pró e antigoverno e disciplina partidária no Brasil**. Dados [online]. 2001, vol. 44, n.º 2. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582001000200003>.

Anuário estatístico das atividades legislativas. – Ano 1 (2005) – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2005-Anual. ISSN 2175-067X.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

⁴⁶ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá. **Curso de regimento interno**. 4^a ed. Brasília: Edições Câmara, 2016.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

JUNIOR, Gabriel Dezen. **Processo legislativo completo esquematizado em quadros**. Brasília: Alumnus, 2017.

LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. In: *Novos Estudos* 76, novembro de 2006.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. **Poder de Agenda e Políticas Substantivas**. 2018.

NINO, Carlos Santiago. **El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia**. In: *Propuesta y control*, vol. 13, Set/Out. 1990. pp. 1263-1283.

RODRIGUES, Ana Cláudia Manso S. O. **A Medida Provisória não Convertida em Lei e a Edição de Decreto Legislativo**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1403/871>. Acesso em 09.09.2018.

SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política brasileira**. In: *Dados*, vol. 40, n.º 3, Rio de Janeiro, 1997.

SMITH, Graham. **Democratic innovations: designing institutions for citizen participation**. Cambridge University Press, 2009.

TSEBELIS, G. **Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism, and Multipartism**. In: *British Journal of Political Science*, vol. 25, 1995.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Disciplina, controle e informação: contribuições para um estudo do panorama societário atual

Pedro Henrique Machado da Luz¹

Introdução

A temática do poder recebeu grande atenção — sobretudo mas não somente — de filósofos do século XX. Afinal, após duas grandes guerras que vitimaram milhões de pessoas, era necessário compreender melhor seu processo de manifestação e, de algum modo, tentar controlar seus excessos. O assunto, embora aparente ser deveras abstrato, fruto de pura curiosidade acadêmica, reverbera com proeminência no cotidiano, seja pelo poder exercido nas decisões dos soberanos, juízes e operadores do maquinário estatal, seja pelos processos de normalização que ainda nos conformam e nos moldam a fim de atingir comportamentos esperados.

Não obstante, o tema se torna ainda mais complexo e relevante ao levar-se em conta que, durante os últimos três séculos, os fundamentos do poder sofreram diversas reformulações, afastando-se das amarras do Estado e incidindo, por exemplo, nas técnicas

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) - Prêmio por Desempenho Acadêmico. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI). Contato: pedrohmluz@gmail.com.

disciplinares observadas nas escolas, nos presídios e nos hospitais. Diante de tais premissas, surgem as dúvidas: como foi esse processo de reconfiguração dos fundamentos do poder? Quais foram os fatores que contribuíram para essas alterações, especialmente após a segunda metade do século XVIII?

Com o fito de nos guiar na pesquisa desse intrincado e apaixonante tema, foram escolhidos três marcos teóricos distintos mas que, cada um a seu modo, mostraram-se de suma importância para uma compreensão geral. São eles: Michel Foucault, com suas noções de sociedade soberana, disciplinar e biopoder; Gilles Deleuze, que trabalha a ideia de uma sociedade de controle e Manuel Castells, autor espanhol que observa a sociedade a partir dos processos tecnológicos ocorridos no final do século XX.

O deslinde desses inúmeros conceitos será feito nos próximos itens, sem a ambição de esgotamento do tema. Ao final, questões foram deixadas em aberto para um estudo porvindouro.

1. A coroa e o panóptico: poder soberano e disciplinar para Foucault

O filósofo francês Michel Foucault, em parte notável de sua obra², preocupou-se, sobretudo, com a questão do poder e a desmistificação, dentro de tal temática, de alguns dogmas que permearam as teorizações precedentes. Os principais questionamentos do autor, expostos em uma aula proferida na data de 7 de janeiro de 1976 no Collège de France³, foram: quais

² Apesar de ser comum a ideia de que, por conta de focos de pesquisa diferentes do francês ao longo de sua vida, existiram "três Foucaults", um preocupado com o discurso, outro com o poder e outro ainda com a questão da ética filosófica. Contudo, concorda-se com Ricardo Marcelo Fonseca, para quem as três linhas investigativas refletem preocupações diferentes em momentos distintos na vida do autor e não propriamente três autores cindidos. FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 260.

³ A obra "Em Defesa da Sociedade" reúne uma série de onze aulas proferidas por Foucault entre os anos de 1975-1976 no prestigioso Collège de France; à época, o filósofo já era titular da cátedra intitulada *História dos sistemas de pensamento*. Em suma, durante as aulas o francês almejava

são os mecanismos do poder? Quais são seus efeitos? Pode a análise do poder ser deduzida da economia?⁴

Essa última pergunta diz respeito a um fenômeno reconhecido por Foucault como o "economismo" na teoria do poder. Isso significa que, nas teorias clássicas acerca do poder, este seria uma mera mercadoria, uma moeda de troca que alguns cediam em nome de, por exemplo, um ente abstrato como o Estado, portanto uma espécie de contrato. Já para a teoria marxista, haveria uma "funcionalidade econômica" do poder, que seria um instrumento de perpetuação das relações de produção e de recondução da dominação de classes. Essas duas visões embebedam-se no fato de que o poder, como tal, advém e encontra repercussões práticas em relações econômicas.⁵

Como prosseguir, pois, em uma análise não econômica do poder? Para tanto, segundo o filósofo, é necessário utilizar-se de uma categoria que coloca o poder como "repressão"⁶ e promover-se um resgate desses mecanismos propriamente repressivos. Se, de outro lado, poder é força, ele estaria contido no combate, no enfrentamento, na guerra; "a política é a guerra continuada por outros meios"⁷, afirma Foucault em inversão à proposição de Clausewitz⁸. O poder político serviria, então, para perpetuar um estado de coisas belicista, reinserido nas instituições, desigualdades econômicas, linhagens e até nos corpos. Em suma, Foucault apresenta dois momentos da concepção de poder: o primeiro, alicerçado em um modal clássico e

demonstrar os resultados de suas pesquisas iniciadas nos anos anteriores sobre diversos temas. Nos interessam, para fins de pesquisa, as aulas proferidas em 7 de janeiro de 1976, em 14 de janeiro de 1976, em 21 de janeiro de 1976 e em 17 de março de 1976. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 20.

⁶ A chamada Hipótese de Reich. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 24.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 22.

⁸ A proposição de Carl von Clausewitz, um estrategista militar dos séculos XVIII e XIX é de que "a guerra é a continuação da política por outros meios".

contratualista de poder (modelo jurídico) e o chamado "esquema guerra-opressão" ou ainda "dominação-repressão".

A partir dessas pistas deixadas na primeira aula de 1976, é possível esboçar uma resposta, a partir do ponto de vista foucaultiano, para os outros dois questionamentos que permanecem sem resposta (os mecanismos do poder e seus efeitos). Seria imprudente, todavia, almejar apresentar uma solução universal acerca do poder, indiferente às agruras dos diferentes locais e épocas; postula-se, portanto, que os mecanismos de manifestação do poder são mutáveis, diferenciando-se em decorrência do tempo e do espaço a que estão submetidos. Em síntese, cada sociedade (ou indivíduo), conforme se verá a seguir, é atravessada por um arquétipo principal de poder distinto, embora existam sobreposições, marchas e contramarchas entre as espécies de poder. Rememora-se, ainda, nas palavras de Thamy Pogrebinschi, que, em Foucault: "uma teoria geral sobre o poder, no entanto, nunca foi gerada, mas também nunca foi ambicionada. (...) [Todavia] Foucault jamais deixou de preocupar-se com o poder".⁹

Partindo dessa premissa, o primeiro alvo de análise do presente estudo será o chamado "poder soberano". Fato é que este poder, que parte de um foco estatalista, não constitui a principal preocupação do autor, visto que um de seus principais motes constitui-se na incessante necessidade de encontrar o poder fora das redomas do Estado e de suas instituições¹⁰. Isso explica porque Foucault cunhou a seguinte frase: "no pensamento e na análise política ainda não cortaram a cabeça do rei"¹¹. O poder soberano, assim, em suas linhas mestras, parte de um sujeito criador originário, da figura de um

⁹ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *Lua Nova*, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 179.

¹⁰ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *Lua Nova*, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 185.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: A vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 86.

portador¹² (rei, príncipe ou soberano), operando através do Estado inclusive mas não exclusivamente por intermédio do direito. Ademais, é um poder preso a um local exclusivo, circulando sempre verticalmente, do soberano aos súditos¹³.

Sobretudo após os séculos XVII e XVIII, esse poder tido como soberano é substituído gradualmente por outra espécie, chamada por Foucault de "poder disciplinar". Se, antes, a sociedade era pautada por uma estrutura monárquica, nessa época ocorre uma viragem que culmina no advento da *sociedade disciplinar*. Por que, entretanto, foram especificamente aqueles séculos os terrenos férteis dessas transformações? Ocorre que, conforme aponta o filósofo em sua obra *Vigiar e Punir*¹⁴, os séculos XVII e XVIII representaram a proliferação de instituições de *disciplina*, como as escolas, prisões, hospícios, fábricas e oficinas.¹⁵

Desse modo, as diferenças entre o poder soberano e o disciplinar são notórias e múltiplas. Conforme aponta Ricardo Marcelo Fonseca, esse novo modo de enxergar o poder "não faz referência a um sujeito criador originário (...) [mas esse poder] se mostra sobretudo como relação".¹⁶ Nesse sentido, já não é mais possível vislumbrar o poder na figura do rei e sim "nos corpos dos

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 261.

¹³ Conforme pontua Pogrebinski: "essa visão jurídica do poder, ao pretender as associações acima mencionadas, responde pela conotação negativa que o poder assumiu historicamente na formulação do pensamento ocidental". POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 187.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões** (tradução de Raquel Ramallete). Vozes, 1996.

¹⁵ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 190.

¹⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 261.

sujeitos individualizados por suas técnicas disciplinares"¹⁷. Com isso, se quer dizer que, na ótica de Foucault, esse período representou uma profunda reformulação na arquitetura do poder, que passa de um tempo-espaço bastante determinado para uma estrutura circular, em que não é possível determinar exatamente quem detém o poder e em qual sentido ele é exercido.

Prosseguindo, a fim de melhor compreender o objeto de estudo, deve ser promovido o estudo de um conceito chave, qual seja o da disciplina, alvo de uma seção inteira na já citada obra *Vigiar e Punir*¹⁸. A disciplina, núcleo duro da noção de poder disciplinar, opera como uma tecnologia específica do poder, um verdadeiro mecanismo de adestramento, uma técnica que fabrica indivíduos tidos como úteis.¹⁹ Na definição de Alexandre Fabiano Mendes: "a disciplina é um dispositivo, uma técnica, um instrumento de poder-saber que permite um controle minucioso das operações do corpo através de uma vigilância constante que classifica, hierarquiza e separa os indivíduos".²⁰ Esse termo, frisa-se, acaba por confrontar-se com as pretensões do modelo jurídico moderno, calcado na concentração do poder na mão do Estado; contudo, Foucault observa que esse mesmo aparato judiciário, outrora conformado de acordo com o poder soberano, é responsável por replicar o poder disciplinar.²¹

Coloca-se, ainda, que a disciplina tem sua operacionalidade alicerçada em três frentes: I — a vigilância hierárquica; II — a sanção

¹⁷ Para mais diferenças entre o poder soberano e o disciplinar, consultar o quadro presente na página 195 da obra: POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004.

¹⁸ A terceira parte da obra *Vigiar e Punir* dedica-se ao estudo da *disciplina*, dividindo-se na análise dos corpos dóceis, dos recursos para o bom adestramento e do panoptismo. Para mais: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões** (tradução de Raquel Ramalhete). Vozes, 1996.

¹⁹ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 191.

²⁰ MENDES, Alexandre Fabiano. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Organização de Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 368.

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões** (tradução de Raquel Ramalhete). Vozes, 1996. p. 183.

normalizadora e III – o exame. A *vigilância*, primeiro componente da disciplina, pode ser entendida como uma máquina, uma estrutura que engloba técnicas de observação calculadas²². Essa noção pode ser melhor exemplificada através dos modelos arquitetônicos de acampamentos militares, hospitais edifício, escolas edifício e, finalmente, pelo panóptico de Bentham, este último consistindo em uma prisão circular observada a partir de uma torre alocada em seu centro, com absoluto campo de visão para os vigias²³. Sucintamente, a divisão do espaço permite que fiscais verifiquem continuamente todos os que estão inseridos em tais ambientes, tanto de baixo para cima como de cima para baixo e inclusive lateralmente. Com isso, o poder tornou-se invisível e inverificável, porquanto basta a potencialidade da vigilância para que o poder disciplinar provoque seus efeitos de autorrestrrição nos indivíduos, substituindo assim a forma mais crua de violência, aquela exercida pela força.²⁴

Já a *sanção normalizadora*, segundo dispositivo disciplinar, se trata de um mecanismo penal com caráter corretivo. Ou seja: a sanção se preocupa justamente com o comportamento desviante, com as condutas inadequadas às regras postas artificialmente por um programa, lei ou regulamento²⁵. Ademais, tal dispositivo acaba por diferenciar os indivíduos em razão de "sua natureza, de suas virtualidades, de seu nível ou valor".²⁶ Calha mencionar, contudo, que a sanção não detém unicamente um viés negativo, porquanto prêmios também podem ser conferidos; e essa é uma importante distinção entre as penas jurídicas e a sanção normalizadora, visto que aquelas

²² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões (tradução de Raquel Ramallete). Vozes, 1996. p. 158.

²³ Ver: BENTHAM, Jeremy. **O panóptico ou a casa de inspeção**. Belo Horizonte: Autêntica, p. 11-74, 2000.

²⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 192-193.

²⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 262.

²⁶ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 193.

geralmente são negativas e atuam como limites às condutas, ao passo que, nessa, o objetivo está em moldar comportamentos e propriamente limitá-los. O objetivo da sanção, portanto, é a *normalização*, a ordenação. Isso se observa, por exemplo, na divisão entre bons e maus alunos, entre boas e más pessoas, entre bons e maus empregados.

Por fim, o *exame*, terceiro e último elemento característico da sociedade disciplinar, consiste em uma combinação entre a vigilância e a sanção normalizadora. Um dos seus principais aspectos é a objetivação do indivíduo para sua posterior comparação. É, portanto, um controle com viés normalizador, capaz de qualificar, classificar e punir condutas.²⁷ Em outras palavras, o *exame* coloca o indivíduo nos holofotes da vigilância, para que enfim seja aplicada uma sanção com vistas à normalização de seus comportamentos. Um importante ponto é o de que, no exame, o indivíduo torna-se ao mesmo tempo efeito e objeto do poder. De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca: "o poder disciplinar (o exame), aqui, atribui a cada indivíduo um 'status' de sua própria individualidade (...) o indivíduo aqui é tratado como um caso".²⁸

Passados os principais aspectos que integram a chamada sociedade disciplinar, pautada na disciplina e em seus três dispositivos (vigilância, sanção normalizadora e exame), insta ressaltar que, para Foucault, a partir da metade do século XVIII as tecnologias disciplinares sofrem importantes mudanças²⁹. Nesse contexto, surgem novas técnicas de poder que se distinguem da já explorada noção de disciplina, apesar de também terem um viés normalizador. Esse outro tipo de sociedade, moldada a partir de técnicas inéditas de poder, contudo, não abandonará o escopo

²⁷ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *Lua Nova*, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 194.

²⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 264.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 297.

disciplinar, mas divergirá do modelo anterior pois focará em novos sujeitos. Esse novo paradigma, em termos foucaultianos, é o do biopoder, que será explorado no item seguinte.

2. Biopolítica e as novas técnicas de poder

A primeira ideia digna de nota no que concerne à transição do poder disciplinar para o biopoder³⁰ é a de que, em tal mudança, o que ocorre é uma complementação entre essas duas manifestações do poder e não, como possa parecer, um abandono completo, uma substituição no sentido de eliminação do poder disciplinar. Um dos exemplos disso é a própria medicina³¹, que passa a apresentar tanto um viés disciplinar (através sobretudo do *exame*) quanto uma faceta biopolítica.³² E é justamente nessa imbricação entre poderes que será cunhado o termo "sociedade de normalização", que será desenvolvido a seguir. Esclarece Foucault que o biopoder: "não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está noutra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliado por instrumentos totalmente diferentes".³³

Cabe pontuar, contudo, as principais diferenças entre tais poderes, a fim de melhor compreendê-los. Assim, enquanto a disciplina poderia ser tida como um poder de promover a morte por intermédio da criação de padrões de comportamento (*homeostase*) e

³⁰ Que, como já dito, ocorrerá a partir da segunda metade do século XVIII. Contudo, para autores como Giorgio Agamben, a biopolítica tem seu momento de gênese não a partir do referido século, mas coincidiria e seria uma marca de toda a política ocidental. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002. p. 16.

³¹ Menciona-se também a questão da sexualidade trazida por Foucault, que passa a ser alvo tanto de processos biológicos quanto disciplinares, entre o foco no indivíduo e na população; é, portanto, para o filósofo, o exemplo por excelência dessa junção. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 300-302.

³² Nesse sentido, Fonseca explica que há uma sobreposição entre os dois mecanismos de poder. FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 266.

³³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

a constante vigilância, exame e sanção de tais condutas, o biopoder, de outro lado, preocupa-se com a *promoção da vida*. Exemplo desse biopoder é a intervenção do Estado na regulação do número de nascimentos, de mortes, das taxas reprodutivas, na medição do crescimento vegetativo, no controle de epidemias, entre outros.³⁴ Nota-se que, para Foucault, a ascensão do biopoder deu-se justamente ante às novas exigências de um capitalismo industrial que almejava, acima de tudo, expandir a capacidade produtiva dos trabalhadores, o que só seria possível com técnicas que atingissem e promovessem suas vidas.³⁵ Outra importante diferença reside especificamente no alvo desses mecanismos de poder; desse modo, enquanto a disciplina, como já salientado, focava seus instrumentos normalizadores no *indivíduos* e seus comportamentos, as intervenções biopolíticas se dão nas *populações*.³⁶

Coloca-se ainda, de modo mais aprofundado, a noção de *norma* para Foucault e a relação deste termo com o direito. Como dito, a *norma* é justamente o meio de atingir a normalidade, ou seja, o instrumento para adequar os comportamentos àquilo que é pretendido; ademais, reitera-se que a sociedade de normalização é aquela que combina elementos disciplinares e biopolíticos. E qual a relação dessa normalização com o direito? Ricardo Marcelo Fonseca joga luzes nessa questão ao elucidar que, ao contrário do que uma leitura apressada da obra do filósofo francês possa sugerir, não existe *incompatibilidade* entre o mundo da norma foucaultiana e o mundo do direito; haveria, pois, diferença e eventual implicação entre ambos.³⁷ Afinal, o direito pode ser justamente o veículo da normatização, quando por exemplo um

³⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 280ss.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 133.

³⁶ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004. p. 195-196.

³⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 276-277.

município visa a aplicar, por meio da legislação, sanções econômicas para as pessoas que não removerem águas paradas de seu quintal (combate à epidemia de dengue) ou quando o Governo Federal promete benefícios às famílias que tiverem um número limitado de filhos (controle do crescimento populacional).

No primeiro item do estudo foi exposto um giro panorâmico acerca das principais acepções sobre o poder na obra de Michel Foucault. O próximo item trará uma outra noção de sociedade e poder derivada dessa, nominada de "sociedade de controle", cujo principal aporte teórico advém do também filósofo Gilles Deleuze.

3. A sociedade de controle em Gilles Deleuze

Se, para Foucault, é a partir da metade do século XVIII que ocorre a gênese de um novo modelo de sociedade pautado na disciplina e seus instrumentos de vigilância, sanção e exame, depois sobreposta pela biopolítica e seu novo rol de mecanismos, é com Deleuze que a análise societária do século XX se torna mais aprofundada. Explica este autor que, enquanto na sociedade disciplinar a operação fundamental seria o *enclausuramento*, lastreado na ideia de ordenação do tempo em espaços confinados (escola, hospital, prisão, fábricas), a sociedade de controle, por outro lado, teria como marca a *interpenetração dos espaços*, sem a possibilidade de delimitação espacial das atividades humanas e pelo tempo contínuo, em que os indivíduos se veem atravessados por um processo de formação ininterrupto em que nada jamais termina.³⁸ E, nesse câmbio, o trabalhador ideal não é mais aquele cujo corpo fora disciplinado para trabalhar na indústria e sim aquele que detém versatilidade criativa, inteligência e habilidades comunicativas.³⁹

³⁸ COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *São Paulo em perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 161-167, 2004. p. 161.

³⁹ TÓTORA, Silvana. Democracia e sociedade de controle. *Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sol (PUC-SP)*, n. 10, p. 237-261, 2006. p. 240.

Ademais, nas sociedades disciplinares os meios de individualização se dão através da *assinatura* e do *número de matrícula*, ao passo que na sociedade de controle o que identifica a pessoa é sua *senha*, ou seja, uma cifra de cunho pessoal apta a fazer com que esse sujeito acesse ou restrinja o acesso de terceiros a determinadas informações. No tocante à diferença de organização dos dados pessoais entre as sociedades disciplinar e de controle, Rogério da Costa elucida que: "no primeiro tipo de sociedade [disciplinar], teríamos uma organização vertical e hierárquica das informações"⁴⁰. Assim, seria possível, em tese, localizar tanto o dado procurado em si quanto aquele que seria seu proprietário. Diferentemente, o fluxo de informações na sociedade de controle não permitiria localizá-las, pois tal sociedade estaria organizada em redes, configurando uma arquitetônica horizontal e impessoal.⁴¹ O poder, assim, não estaria mais centrado em uma figura; apareceria, em verdade, difundido em cada indivíduo, presente nos nós de cada uma das pontas das redes.

Ainda, enquanto na sociedade disciplinar as trocas voluntárias ocorriam por meio da moeda, a sociedade de controle é o terreno por excelência do capitalismo financeiro, do fluxo mundial entre ativos imateriais, realizado através das já citadas *senhas*. Ainda, à medida que a grande preocupação da sociedade disciplinar era com a sabotagem da produção através, por exemplo, da destruição das máquinas, na sociedade de controle é novamente o artificial, o vírus, o *bug*⁴² a principal fonte de consternação.⁴³ Não obstante, na ótica de Deleuze, nesse momento

⁴⁰ COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 161-167, 2004. p. 162.

⁴¹ COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 161-167, 2004. p. 162.

⁴² Exemplifica-se essa afirmação com os gastos e inquietudes causadas com o chamado *bug* do milênio previsto para ocorrer na viragem de 1999 para 2000. Para mais, ver: BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Zahar, 2008.

⁴³ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 271.

de transição passamos da toupeira, animal símbolo do confinamento tão próprio da sociedade disciplinar, para a serpente, representativa dos fluxos ondulatórios e constantes mudanças na sociedade de controle, ou ainda do constante processo de destruição e reconstrução que verdadeiramente pautam este novo momento, das escamas que se soltam e se renovam.⁴⁴ Por tudo isso, Deleuze afirma que "deixamos para trás as sociedades disciplinares, que já não somos mais isso".⁴⁵

Rememora-se também que esse novo momento caracteriza-se ainda pela flexibilização do mercado de trabalho com as terceirizações e produções em escala global através da exploração de mão de obra estrangeira, mormente em países asiáticos como a China⁴⁶. Além disso, José Eduardo Campos de Oliveira Faria atenta também ao fato de que tal momento consubstancia o fenômeno de crise da ideia de Estado-nação, porquanto: "os Estados nacionais enfrentam dificuldades crescentes tanto para neutralizar os efeitos de fatores externos quanto para atuar como reguladores do sistema financeiro doméstico e globalizado".⁴⁷ O que se está a dizer é que o velho direito, erigido através de noções modernas de soberania, população e território, enfrenta, no seio da sociedade de controle, uma profunda reconfiguração que afasta esses três significantes de sua semântica originária. Afinal, conforme alertado, a soberania não pode mais ser entendida como um isolamento autonômico de uma nação face às demais; do mesmo

⁴⁴ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro, Editora 34, 1992. p. 222.

⁴⁵ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro, Editora 34, 1992. p. 215-216.

⁴⁶ A busca de grandes empresas pela produção em outros países justifica-se por motivos como leis trabalhistas mais favoráveis, movimentos sindicais mais dóceis e pela facilidade de fluxo de capitais operada pelos avanços tecnológicos no século XX. Essas práticas são responsáveis, segundo alguns autores, pelo fenômeno chamado de *dumping social*, que seria justamente, nas palavras de Villatore e Gomes: "o desrespeito a algumas regras trabalhistas para diminuir custos de mão-de-obra, aumentar as exportações e atrair investimentos estrangeiros." VILLATORE, Marco Antônio; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o *dumping social*. In: **ANAIS-Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**, p. 151-164, 2015.p.159.

⁴⁷ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **O Estado e o direito depois da crise**. Editora Saraiva, 2ª. ed. 2017. p. 53.

modo, a população e suas idiossincrasias estão em constante mutação, eis que na sociedade de controle (res)surgem movimentos sociais, lutas por direitos e reconhecimento (LGBT, negros, mulheres) que não permitem colocar a população meramente como o número de cidadãos presentes em um Estado. Finalmente, o território, antes entendido como um suporte físico, hoje também encontra-se em crise devido à globalização e queda de barreiras com o advento da rede mundial de computadores.⁴⁸

Passados os principais pontos que conformam a sociedade de controle de Deleuze e sua diferenciação quando ladeada com a sociedade disciplinar, alguns questionamentos subsistem: seria correto afirmar que o Estado em geral vem perdendo força diante das novas tecnologias e do progresso cada vez mais veloz da informática, da microeletrônica, entre outras áreas do saber? Ou, de outro modo, seriam essas ferramentas tecnológicas justamente a força que faltava ao Estado para expandir a antevista normalização dos indivíduos? Tais dúvidas, longe de terem uma resposta absoluta e pacífica, serão exploradas na terceira parte deste estudo através de formulações bastante originais sobre o tema apresentadas pelo sociólogo espanhol Manuel Castells.

4. Informação é poder: Castells e a sociedade informacional

As contribuições trazidas pelas obras filosóficas de Foucault e Deleuze serviram como caixa de ferramentas para que sobretudo operadores do direito, da filosofia, da sociologia, da psicologia, da medicina e de outros saberes compreendessem os mecanismos de sujeição e normalização que as sociedades perpassaram ao longo dos últimos séculos. Contudo, crê-se que outro autor com formulações igualmente importantes também merece atenção nessa temática. Aliás, tal autor, talvez não coincidentemente,

⁴⁸ Para explorar amiúde essa ideia de reformulação dos três conceitos que pautavam a teoria clássica do Estado, acessar o 4º capítulo da obra: TELLO, Diana Carolina Valencia. **O Estado na era da globalização e as novas tecnologias** (dissertação). Universidade Federal do Paraná, 2013. p. 87-140.

apesar de sua origem espanhola, também fez carreira na França, lecionando na prestigiada *École des hautes études en sciences sociales*. Trata-se de Manuel Castells, cujas noções acerca da chamada sociedade informacional serão desvendadas em seguida.

Segundo Castells, foi no último quarto do século XX que ocorreu uma verdadeira revolução tecnológica⁴⁹ que acabou por reverberar em outros campos do saber, inclusive no tema do poder. Sua vasta obra, cujo extrato mais famoso é a trilogia traduzida como *A era informação: economia, sociedade e cultura*⁵⁰, publicada no final da década de 90, é marcada pela análise de temas como tecnologia, informação, globalização e economia informacional. Dentre diversos termos que verdadeiramente qualificam a obra do espanhol, o que mais nos interessa para fins de estudo é o conceito de *sociedade informacional*. Lembra-se, contudo, que um dos pontos de apoio desse conceito, para Castells, é justamente seu caráter disruptivo (no mesmo sentido de destrutivo), cujas mudanças estruturais acontecem de forma cada vez mais veloz, lembrando novamente da figura da serpente. Por esse motivo, a citada trilogia, escrita no findar do século passado, mesmo em suas edições mais recentes se mostra insuficiente (ou até mesmo desatualizada) para responder com precisão às questões formuladas. Por tal razão, será também utilizada outra obra de Castells intitulada *O poder da comunicação*⁵¹, lançada em 2009 e traduzida para o português no ano de 2013.

Afinal, o que seria essa sociedade informacional e no que ela diferiria dos outros arquétipos de sociedade previamente estudados? Tal expressão, assim, adviria de um jogo de palavras promovido pelo

⁴⁹ Aponta o autor que: "(...) podemos dizer, sem exagero, que a revolução da tecnologia da informação propriamente dita nasceu na década de 1970, principalmente se nela incluímos o surgimento e difusão paralela da engenharia genética mais ou menos nas mesmas datas e locais". CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 91-92.

⁵⁰ CASTELLS, Manuel; ESPANHA, Rita. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Paz e terra, 1999.

⁵¹ CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

autor comparando-a com a sociedade industrial. Se, na revolução industrial que iniciou-se na Inglaterra do século XVIII o centro de toda a produção se dava na indústria, por isso mesmo industrial, a sociedade informacional teria como núcleo a informação e a tecnologia para seu armazenamento e difusão. Castells, ao explicitar os objetivos de seu livro, aponta que: "essa nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX".⁵²

Muito embora a informação sempre tenha sido parte integrante do processo produtivo humano, eis que toda produção depende de uma interligação entre conhecimento e processamento de informação⁵³, o que ocorre nessa viragem paradigmática que compõe a sociedade informacional é o empenho inédito em utilizar os conhecimentos não mais apenas para a produção, mas também para o aprimoramento da informação em si através de tecnologias que resultam em melhores meios de geração de conhecimento e de processamento (por ex: novos *hardwares* e capacidades maiores de *hard disk drives*). Em resumo, o novo paradigma que se está a falar tem como base a tecnologia da informação. Atentando-se àquilo que nos importa, é cediço que essa inovação no campo tecnológico trazida pela sociedade informacional teve como resultado a modificação da estrutura e do exercício do poder.⁵⁴

Antes de aprofundar os meandros da sociedade informacional, crê-se de suma importância a investigação dos motivos que levaram a seu advento. Foi em 1973, com a crise mundial do petróleo, que o modelo capitalista de acumulação então existente foi progressivamente substituído por uma outra espécie de capitalismo, chamado de informacional ou flexível. Essa mudança, fruto da já elucidada política econômica de expansão dos mercados a nível global,

⁵² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 51.

⁵³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 54.

⁵⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 54.

caminhou ainda com as inovações tecnológicas dos anos 70, ocorridos mormente nas "incubadores" do Vale do Silício⁵⁵. Sob esse pano de fundo foram criadas gigantes informáticas como a *Apple* e a *Microsoft*, empresas que hoje detém um vasto poderio econômico. Entretanto, ainda mais impactante do que a criação de tais empresas, na aurora da Guerra Fria, foi o posterior advento da internet e sua expansão doméstica nos idos dos anos 90.⁵⁶ O resultado proveniente da criação da internet doméstica foi justamente a gênese de novas empresas cujo principal escopo ou objeto mercadológico era a própria informação. Exemplo por excelência disso é a gigante *Google*, cujo modelo de funcionamento está centrado na indexação de informações presentes na *web*. Desse modo, o quinhão substancial do lucro obtido pela *Google* não advém da venda de bens ou da exportações de produtos, mas sim pela propaganda, pelo valor pago por outras empresas para que o indexador as coloque no topo das buscas, gerando assim maior visibilidade às suas atividades. Com isso conclui-se que, se antes a economia era pautada na produção e venda de bens, com as atividades exercidas no chão das fábricas sob a égide diversos modelos produtivos⁵⁷, hoje as maiores empresas do planeta não se ocupam apenas com isso, mas estão essencialmente ligadas à informação e sua organização.

Passados aspectos tidos como primordiais à compreensão da sociedade informacional, parte-se agora às questões levantadas no

⁵⁵ João Luiz Passador explica que: "Nos anos 70, já na conhecida região do Vale do Silício, nos Estados Unidos, as incubadoras apareceram como meio de incentivar universitários recém-graduados a disseminar suas inovações tecnológicas (...)" PASSADOR, João Luiz. Política pública em ciência e tecnologia: as redes de fomento tecnológico e as relações entre governo, empresas e universidade. In: **VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panamá. 2003. p. 7.**

⁵⁶ Para mais detalhes de como ocorreu o surgimento da *internet*, desde sua origem como instrumento militar até sua reconfiguração em redes domésticas e de fácil acesso, consultar: CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade.** Zahar, 2003.

⁵⁷ Os três grandes modelos do século XX foram o Taylorismo, o Fordismo e o Toyotismo. Na sociedade informacional, substituíram-se tais modelos por outros mais flexíveis, como por exemplo o "just in time", consubstanciado por uma produção de pequenos estoques e rápidas transações.. Para mais: NAVARRO, Vera Lucia; PADILHA, Valquíria. Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo. **Psicologia & Sociedade**, v. 19, n. 1, 2007.

final do item anterior. Com isso, tenta-se compreender quem são os maiores detentores de poder na sociedade informacional. Sobre o tema, algumas luzes já foram lançadas no decorrer deste trabalho. Desse modo, na visão do espanhol, um outro conceito bastante relevante para a compreensão do poder é o da "rede", pois é por meio delas que ele irá se manifestar. Não por outro motivo, a obra de Castells é permeada tanto pelo já explorado termo *sociedade informacional* quanto pela expressão *sociedade em rede*. Parece-nos, contudo, que não há cisão entre essas duas designações de sociedade, mas acoplamento e até mesmo atualização por parte do autor. Esclarecendo um pouco mais detidamente essa relação, o que ocorre, observando-se a obra do sociológico, não é um completo abandono da terminologia "informacional"; em verdade, Castells continua colocando a informação como centro da nossa sociedade. Entretanto, o aspecto novo da sociedade é justamente o *veículo* dessa informação, que seriam as redes.⁵⁸

A rede, então, podem ser definida como uma estrutura social de nós interligados e operada pelas novas tecnologias de

⁵⁸ Atesta o autor: "Frequentemente, a sociedade emergente tem sido caracterizada como sociedade de informação ou sociedade do conhecimento. Eu não concordo com esta terminologia. Não porque conhecimento e informação não sejam centrais na nossa sociedade. Mas porque eles sempre o foram, em todas as sociedades historicamente conhecidas. O que é novo é o facto de serem de base microelectrónica, através de redes tecnológicas que fornecem novas capacidades a uma velha forma de organização social: as redes. As redes ao longo da história têm constituído uma grande vantagem e um grande problema por oposição a outras formas de organização social. Por um lado, são as formas de organização mais flexíveis e adaptáveis, seguindo de um modo muito eficiente o caminho evolutivo dos esquemas sociais humanos. Por outro lado, muitas vezes não O Manuel Castells 1 7 A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política conseguiram maximizar e coordenar os recursos necessários para um trabalho ou projecto que fosse para além de um determinado tamanho e complexidade de organização necessária para a concretização de uma tarefa. Assim, em termos históricos, as redes eram algo do domínio da vida privada, enquanto o mundo da produção, do poder e da guerra estava ocupado por organizações grandes e verticais, como os estados, as igrejas, os exércitos e as empresas que conseguiam dominar vastos pólos de recursos com um objectivo definido por um autoridade central. As redes de tecnologias digitais permitem a existência de redes que ultrapassem os seus limites históricos. E podem, ao mesmo tempo, ser flexíveis e adaptáveis graças à sua capacidade de descentralizar a sua performance ao longo de uma rede de componentes autónomos, enquanto se mantêm capazes de coordenar toda esta actividade descentralizada com a possibilidade de partilhar a tomada de decisões." CASTELLS, Manuel; MAJER, Roneide Venâncio; GERHARDT, Klaus Brandini. **A sociedade em rede**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 17-18.

comunicação e informação.⁵⁹ E, apesar de redes serem anteriores à sociedade em rede (pois são padrões observáveis na natureza), é nessa arquitetônica societária que elas alcançam uma sofisticação jamais vista, fruto das sobreditas inovações tecnológicas operados no final do século XX. Todavia, o próprio autor reconhece que, embora ela tenha exercido a aptidão de conectar o mundo através de redes globais de capitais, bens, serviços, ciência, comunicação e outros, a sociedade em rede também protagonizou uma exclusão jamais vista. Em suas palavras: "De fato, neste início de século, ela [a sociedade em rede] exclui a maior parte da humanidade, embora toda a humanidade seja afetada por sua lógica, e pelas relações de poder que interagem nas redes globais da organização social".⁶⁰

Após todos esses esclarecimentos prévios, pode-se agora passar ao cerne das questões levantadas. A definição de poder adotada pelo espanhol está lastreada na capacidade de um ator social impor sua vontade sobre outros atores. Na sociedade em rede, é a relação estrita entre tecnologia, comunicação e poder que inicia um processo conflituoso entre tais atores.⁶¹ Respondendo então à primeira indagação, é cediço que Castells aponta para um crescente poder das empresas inseridas na lógica das redes ao reboque de um Estado cada vez mais atrasado e incapaz de lidar com esse novo panorama.⁶² Em suas hipóteses de pesquisa apresentadas no artigo

⁵⁹ Castells a define do seguinte modo: "A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes." CASTELLS, Manuel; MAJER, Roneide Venâncio; GERHARDT, Klaus Brandini. **A sociedade em rede**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 20.

⁶⁰ CASTELLS, Manuel; MAJER, Roneide Venâncio; GERHARDT, Klaus Brandini. **A sociedade em rede**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18.

⁶¹ CASTELLS, Manuel. Communication, power and counter-power in the network society. **International journal of communication**, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2007. p. 239.

⁶² Exemplo muito curioso disso é a investigação que o sociólogo promove acerca do caso *NewsCorp*. Sucintamente, tal empresa era um conglomerado de mídia que tinha como subsidiárias gigantes como a *20th Century Fox*, a *Wall Street Journal*, a *Sky News* entre dezenas de outras mídias como jornais e rádios espalhadas pelo mundo. Castells percebe que a *NewsCorp*, capitaneada por Rupert Murdoch, passou a focar seus investimentos em empreendimentos na *internet*, como por exemplo pela compra da rede social *MySpace* em 2006; essa manobra demonstra, segundo o autor, um

científico nominado *Communication, Power and Counter-power* (ainda sem tradução para o português), Castells coloca que o Estado, outrora a fonte principal de poder, está sendo desafiado na sociedade em rede: a) pela globalização, que limita a eficácia de suas decisões no plano interno (quebra da soberania); b) por mercados globais que prezam pela desregulamentação econômica, diminuindo sua capacidade de intervenção; c) uma crise da legitimidade política que enfraquece sua influência sobre os cidadãos.⁶³

Quanto à segunda questão, atinente a uma possível reformulação do Estado e de suas instituições para fazer frente a essa nova sociedade em rede e angariar a parcela de poder que lhe fora retirada pelas empresas, Castells nos deixa apenas pegadas. Ao delimitar aquilo que chama de contrapoder, nos termos de uma espécie de luta contra essa realidade pautada pelo monopólio de poder das empresas que estão na crista da tecnologia da comunicação e da informação, o autor conclui que: "novas instituições irão eventualmente se desenvolver, criando uma nova forma de espaço público, ainda desconhecido para nós, mas ainda não estamos lá"⁶⁴. Essa frase foi escrita por Castells em 2007, seis anos antes de Edward Snowden, um ex-agente da NSA (*National Security Agency*) revelar ao mundo um aparato de espionagem e coleta de dados operados pelo governo norte-americano, com afronta direta à privacidade de diversos chefes de nações.⁶⁵

entendimento "das regras do jogo" pela aludida empresa, pois, ao adquirir o *MySpace*, a *NewsCorp* também está angariando um imenso mercado de potencial publicidade.⁶² Por trás dessa transação, que pode parecer habitual para olhos apressados, observa-se uma imbricação entre a grande mídia (*FoxNews*), a mídia corporativa (*NewsCorp*) e sites teoricamente autônomos (*MySpace*). CASTELLS, Manuel. *Communication, power and counter-power in the network society*. **International journal of communication**, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2007. p. 252.

⁶³ CASTELLS, Manuel. *Communication, power and counter-power in the network society*. **International journal of communication**, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2007. p. 239-240.

⁶⁴ Tradução livre. CASTELLS, Manuel. *Communication, power and counter-power in the network society*. **International journal of communication**, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2007. p. 258.

⁶⁵ Para mais, ver: PILATI, José Isaac; DE OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier. Um novo olhar sobre o direito à privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 35, n. 69, p. 281-300, 2014.

Tendo em vista esse caso bastante emblemático na temática proposta para este item, questiona-se em tom conclusivo: já teria ocorrido então a reformulação das instituições estatais antevista por Castells? Elas já estariam aderidas ao paradigma da sociedade em rede, fazendo frente aos *players* que hoje detém o poder, quais sejam as empresas de comunicação e informação? Essas questões serão propositalmente deixadas em aberta, a fim de que sejam exploradas em estudos futuros.

Conclusão

Foram lançadas diversas pistas ao longo deste estudo para a compreensão da sociedade na ótica de Foucault, Deleuze e Castells. Se, por séculos, era o soberano a fonte por excelência do poder, a partir do século XVIII observa-se uma reconfiguração de um poder tido como disciplinar, que gradualmente é acoplado ao biopoder e seus mecanismos de promoção da vida. Utilizando do gancho de Foucault, Deleuze aponta que na sociedade de controle do século XX há uma nova relação do ser com o espaço e com o tempo. Ainda, Castells coloca que os processos tecnológicos do final do século XX passaram a focar na própria informação e isso resultou em uma quebra paradigmática. A esse momento, no qual ainda estamos imersos, o autor nominou de sociedade informacional.

Conclui-se, portanto, que nos últimos séculos o poder, entendido por Castells como a aptidão de um ator social de impor sua vontade a outro(s), reformulou-se e encontrou novas formas de manifestação, afastando-se da concentração do Estado e encontrando guarida sobretudo nas grandes empresas que detém o monopólio da informação. Essa viragem, ainda pouco compreendida, consubstancia um tempo de contradições; afinal, a expansão dos mercados globais foi também a responsável por uma profunda exclusão. A questão final do estudo, referente a uma eventual retomada de poder do Estado através do uso dessas

tecnologias ainda permanece em aberto. Entretanto, tudo parece indicar que tal poder ainda passará por reconfigurações.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico ou a casa de inspeção**. Belo Horizonte: Autêntica, p. 11-74, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____.; ESPANHA, Rita. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Paz e terra, 1999.

_____. **O poder da comunicação**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

_____. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Zahar, 2003.

_____.; MAJER, Roneide Venâncio; GERHARDT, Klaus Brandini. **A sociedade em rede**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. Communication, power and counter-power in the network society. **International journal of communication**, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2007.

COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 161-167, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro, Editora 34, 1992.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **O Estado e o direito depois da crise**. Editora Saraiva, 2ª. ed. 2017.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da Sexualidade: A vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões** (tradução de Raquel Ramalhete). Vozes, 1996.

MENDES, Alexandre Fabiano. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Organização de Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

NAVARRO, Vera Lucia; PADILHA, Valquíria. Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo. **Psicologia & Sociedade**, v. 19, n. 1, 2007.

PASSADOR, João Luiz. Política pública em ciência e tecnologia: as redes de fomento tecnológico e as relações entre governo, empresas e universidade. In: **VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**. Panamá. 2003.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**, v. 63, p. 179-201, 2004.

TELLO, Diana Carolina Valencia. **O Estado na era da globalização e as novas tecnologias** (dissertação). Universidade Federal do Paraná, 2013.

TÓTORA, Silvana. Democracia e sociedade de controle. **Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sol (PUC-SP)**, n. 10, p. 237-261, 2006.

VILLATORE, Marco Antônio; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o dumping social. In: **ANAIS-Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**, p. 151-164, 2015.

Proposta de método para o estudo da criança e do adolescente qualificados como sujeito de direito

Rafael de Sampaio Cavichioli¹

1. Introdução

Costumeiramente, é dito que, no século XIX, o Direito se baseava na noção de sujeito universal. Assim, no Código Civil, tinha-se a figura do sujeito de direito como ente abstrato capaz de contratar, de adquirir e transmitir a propriedade. O sujeito é universal, sem distinções.

No final do século XIX e no século XX, assiste-se a uma reação a esse sujeito universal: em lugar dele, ocorre a proliferação de inúmeros sujeitos. Seguem exemplos do Direito brasileiro: o sujeito-trabalhador (Direito do Trabalho – CLT), o sujeito-criança (Direito da Infância – ECA), o sujeito-mulher vítima de violência doméstica (Lei da Maria da Penha), o sujeito-negro (Estatuto da Igualdade Racial), o sujeito pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o sujeito-idoso (Estatuto do Idoso). Essa multiplicação de sujeitos decorre de conquistas derivadas de lutas por igualdade social e por reconhecimento de identidades.

¹ Mestre e doutorando em Direito das Relações Sociais pelo PPGD/UFPR. Membro do Grupo de Pesquisas Biotec - Direito, biotecnologia e sociedade, do Núcleo de Direitos Humanos e Desenvolvimento do PPGD/UFPR. Promotor de Justiça integrante do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: rcavichioli@yahoo.com.br.

Para se entender o Direito contemporâneo torna-se importante compreender a multipicidade desses novos sujeitos. A criança e o adolescente está entre as novas formas de apresentação do sujeito de direito criadas na segunda metade do século XIX pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelos chamados microssistemas, ou seja, por essa legislação esparsa (os diversos estatutos mencionados, por exemplo), dotada de principiologia própria e derogatória do Código Civil como centro do Direito Privado.²

O sujeito de direito “criança e adolescente” guarda consigo peculiaridades, sobretudo a circunstância de ser sujeito de direito pleno, mas, simultaneamente, considerado incapaz de manifestar validamente sua vontade.

Em virtude dessas peculiaridades, torna-se importante o estudo da subjetividade jurídica “criança e adolescente” e este trabalho apresenta uma proposta metodológica desse estudo.

No âmbito do Direito da Infância e do Adolescente, é comum a sustentação da ideia de que a doutrina da proteção integral, caracterizada pelo fato de considerar a criança e o adolescente como pessoa, representa uma emancipação em face da denominada doutrina da situação irregular, que visava regular juridicamente apenas o menor, isto é, a criança ou o adolescente que era considerado, pela legislação, em uma situação de irregularidade (abandono material ou moral, por exemplo).

O método ora sugerido visa ao exame crítico da produção da infância como subjetividade jurídica, evitando a análise comumente sustentada de que a doutrina da proteção integral superou, sob o viés humanista, a doutrina da situação irregular.

² Sobre a noção de microssistema, cf. LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 45.

2. O sujeito de direito universal e a abstração.

O projeto político-filosófico da Europa moderna baseia-se na infundável tarefa de ordenar o Ser. Esse projeto encontra seu ponto radical na crítica kantiana, que desloca o questionamento do Ser para as condições que tornam possível conhecê-lo:

Na idade clássica – Locke e Lineu, Buffon e Hume o testemunham – a questão crítica é a do fundamento da semelhança e da existência do gênero.

No fim do século XVIII, uma nova configuração aparecerá, emaranhando definitivamente para olhos modernos o velho espaço da história natural. De um lado a crítica se desloca e se destaca do solo onde nascera. Enquanto Hume fazia do problema da causalidade um caso de interrogação geral sobre as semelhanças, Kant, isolando a causalidade inverte a questão; lá onde se tratava de estabelecer as relações de identidade e de distinção sobre o fundo contínuo das similitudes, ele faz surgir o problema inverso da síntese do diverso. **No mesmo movimento, a questão crítica se acha reportada do conceito ao juízo, da existência do gênero (obtida pela análise das representações) à possibilidade de ligar as representações entre si, do direito de nomear ao fundamento da atribuição, da articulação nominal à proposição mesma e ao verbo ser que a estabelece. Ela se acha então absolutamente generalizada.** Em vez de valer somente a propósito das relações entre natureza e a natureza humana, ela interroga a possibilidade mesma de todo o conhecimento.³ [sem grifo no original]

O sujeito filosófico kantiano corresponde a uma abstração voltada a explicar as possibilidades do conhecer e do agir humano, prescindindo de toda a experiência concreta, isto é, o indivíduo humano pensado como sujeito abstrato permite sustentar a universalidade do conhecimento e da ética. Isso significa que a subjetividade, isto é, o indivíduo humano pensado como sujeito

³ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de: Salma Tannus Muchail. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 224-225.

abstrato, é pensada como fundamento da ordenação do real (as coisas e as ações não têm uma ordem em si, salvo se pensadas pelo sujeito).

A subjetividade jurídica, o sujeito de direito, por sua vez, partilha dessa ordenação do real por meio de momentos forjados pela associação entre o contratualismo político dos séculos XVII e XVIII e o pandectismo alemão dos séculos XVIII e XIX.

O primeiro momento relaciona a categoria sujeito de direito à categoria sujeito de um Estado de Direito, ou seja, à ideia de cidadão que, para a Modernidade europeia, é o fundamento do Estado. O segundo momento delimita o atuar humano válido e apto a produzir efeitos jurídicos como manifestação de vontade racional e transcendental. A associação entre esses dois momentos resulta na abstração da subjetividade com relação ao indivíduo concreto.

Para ordenar o real e libertar o humano da contingência que grava a realidade, a Filosofia e o Direito Modernos operam, com a categoria sujeito, uma abstração que filtra a realidade para dela extrair características universalizadas do indivíduo concreto (a noção de autonomia da vontade, por exemplo, é uma característica individual universalizada e teoricamente construída).

No âmbito jurídico, isso conduz à operabilidade do Direito a despeito das contingências individuais, pois estas, ao atravessar o filtro do sujeito, são afastadas das características universalizadas do indivíduo concreto.

A título de exemplo, para um vínculo econômico entre indivíduos operar de forma eficaz (isto é, protegida pelo Estado), é necessário que ele se estabeleça pautado pelos elementos constitutivos de um negócio jurídico válido (sujeitos capazes, forma prescrita ou licenciada pela lei e objeto lícito, possível e determinável)⁴. As emoções que levaram a esse vínculo econômico, como o desejo de adquirir algo,

⁴ Embora a noção de negócio jurídico seja cara ao Direito Civil oitocentista alemão e aos sistemas jurídicos que nele assentam raízes (tal como o brasileiro), mas não se estenda ao Direito Civil oitocentista francês (por não se fundar sobre o negócio jurídico e sobre uma Parte Geral no Código Civil), a noção de negócio jurídico é exemplo útil da abstração conceitual efetuada pelo Direito Moderno, como acima evidenciado.

não interessam para o exame da validade do negócio jurídico, pois essas emoções caracterizam-se como contingências individuais e, após a filtragem do sujeito, são dispensáveis para a configuração de validade do negócio jurídico, haja vista que não se enquadram nas características universalizadas do indivíduo concreto identificadas como relevantes para configurar a validade do negócio jurídico (capacidade e manifestação de vontade livre e autônoma).

Ou ainda, para trazer exemplo dessa abstração no Direito Penal, o fato punível depende da atuação de um sujeito imputável que, ciente da reprovabilidade de sua conduta e capaz de agir em conformidade com esse entendimento, pratica ato ilícito cuja tipicidade penal está prevista na lei estatal.⁵

Todos esses elementos – autonomia da vontade, capacidade, imputabilidade, tipicidade, ciência da reprovabilidade da conduta – são filtros que afastam do mundo jurídico os elementos concretos da individualidade vivida e, com isso, possibilitam ao Direito Moderno o seu operar, ou seja, o controle e a disciplina das situações vividas.

Desse modo, a antinomia manifesta-se pela contraposição entre a tentativa de libertar o humano das amarras da contingência do real mediante a ordenação da realidade baseada na abstração do sujeito e os efeitos dessa tentativa, que consistem na sujeição do indivíduo humano concreto às características universalizadas que compõem o sujeito de direito.

⁵ Nesse sentido, deve ser conferida a seguinte explicação: “**3. O modelo de fato punível adotado.** O modelo de fato punível desenhado no texto é formado pelos conceitos de *tipo de injusto* e de *culpabilidade*, cujos elementos constitutivos são assim distribuídos: 3.1. O **tipo de injusto** compreende os seguintes elementos: a) a *ação* como realidade psicossomática do conceito de crime; b) a *tipicidade* como ação humana adequada ao tipo legal, nas dimensões de (1) *tipo objetivo*, constituído pela *causação do resultado* e pela *imputação do resultado*, e de (2) *tipo subjetivo*, formado pelas categorias do *dolo* – e outros elementos subjetivos especiais – e da *imprudência*; c) a *antijuridicidade*, afirmada nas *proibições* e excluída nas *permissões*, como categoria dogmática compreensiva das justificações, estudadas nas dimensões correspondentes de *situação justificante* e de *ação justificada* (subjetiva e objetiva). 3.2. A **culpabilidade**, como juízo de reprovação pela realização não justificada do *tipo de injusto*, compreende (1) a *imputabilidade* (excluída ou reduzida por *menoridade* e por *doenças mentais*), (2) a *consciência da antijuridicidade* (excluída ou reduzida em hipóteses de *erro de proibição*), e (3) a *exigibilidade de comportamento diverso* (excluída ou reduzida em *situações de exculpação* legais ou supralégais).” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p.79.)

No entanto, para essa antinomia ser bem compreendida, não basta apontá-la de forma generalizante, como se o Direito fosse uma entidade metafísica e uniforme. Para compreender essa antinomia, é fundamental examinar a operabilidade do Direito, ou seja, como ele, concretamente, é atuado.

A avaliação crítica da operabilidade concreta do Direito Moderno poderia permitir as seguintes perguntas acerca dos novos sujeitos de direito (trabalhador, criança, mulher, negro, idoso, etc.): esses sujeitos gozam, de fato, de uma proteção jurídica especial? Protegem-se esses sujeitos do que ou de quem? Quais são as instituições e mecanismos criados para protegê-los? Como operam essas instituições e mecanismos e quais são os agentes que as operam? Quais são os efeitos da atuação dessas instituições e mecanismos relativamente aos indivíduos por elas atingidos?

Tais perguntas enriquecem o estudo crítico do Direito Moderno e se afastam daquela visão generalizante sobre o Direito, permitindo um exame crítico do seu próprio funcionamento.

3. A produção da subjetividade.

Para tal projeto de estudo, deve-se levar em conta que a produção do sujeito de direito é plural e que as máquinas produtoras desse sujeito não se restringem ao direito positivo estatal e ao discurso dos juristas. A produção da subjetividade é muito mais rica e diversificada e depende de máquinas produtoras diversas, como exemplifica a crítica de Guattari à redução da análise da subjetividade à economia política, típica de uma visão ortodoxa do marxismo:

A subjetividade está em circulação nos conjuntos sociais de diferentes tamanhos: ela é essencialmente social, e assumida e vivida por indivíduos em suas existências particulares. O modo pelo qual os indivíduos vivem essa subjetividade oscila entre dois extremos: uma relação de alienação e opressão, na qual o indivíduo se submete à subjetividade tal como a recebe, ou uma relação de expressão e de

criação, na qual o indivíduo se reapropria dos componentes da subjetividade, produzindo um processo que eu chamaria de singularização. Se aceitamos essa hipótese, vemos que a circunscrição dos antagonismos sociais aos campos econômicos e políticos – a circunscrição do alvo de luta à reapropriação dos meios de produção ou dos meios de expressão política – encontra-se superada. **É preciso adentrar o campo da economia subjetiva e não mais restringir-se ao da economia política.**⁶

A complexidade da produção da subjetividade pode ser pensada com a leitura do curso do *Collège de France* de 1982, intitulado “A hermenêutica do sujeito”⁷, pelo qual Michel Foucault narra sobre as práticas helenísticas e romanas do cuidado de si. Trata-se de uma descrição exaustiva dos exercícios de provação e ascese que têm por objetivo a construção existencial do indivíduo submetido a tais exercícios. A monotonia desse curso é rompida pelo desvelo do ponto que Foucault pretende focar: o sujeito, ou melhor, a subjetivação é um processo histórico, marcado pelo devir e, por isso, ao descrever tais exercícios, descrevem-se formas de subjetivação diversas daquela característica do hipostasiado sujeito Moderno ocidental cartesiano.

Oferecida ao final do curso de 1982, essa conclusão é singela para ser dita, mas dificultosa como método de pesquisa: singelamente, pode-se afirmar, e todo dia se ouve quem diga, a história e o contexto histórico são fatores a moldar os indivíduos. Porém, como desenvolver uma história do sujeito *situado*?

É a partir de seu método – pelo qual o sujeito é compreendido na sua trajetória histórica – que Foucault distingue a si próprio dos historiadores e dos filósofos: estes se dedicam ao sujeito sem história e, aqueles, dedicam-se à história, apesar do sujeito:

⁶ GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica**: cartografias do desejo. 5.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p.33.

⁷ FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**: curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros. Tradução: Márcio Alves da Fonseca, Salma Annus Muchail. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.3-440.

Assim, procurei explorar o que poderia ser uma genealogia do sujeito, mesmo sabendo que os historiadores preferem a história dos objetos e que os filósofos preferem o sujeito que não tem história. O que não impede de me sentir em parentesco empírico com o que chamamos de historiadores das ‘mentalidades’, e em dívida teórica para com um filósofo como Nietzsche, que colocou a questão da historicidade do sujeito.

Tratava-se, pois, a meu ver, de desvencilhar-se dos equívocos de um humanismo tão fácil na teoria e tão temível na realidade: tratava-se também de substituir o princípio da transcendência do ego pela busca das formas da imanência do sujeito.⁸

Foucault desenvolve seus estudos críticos do sujeito de forma situada: o criminoso, o prisioneiro e o louco na Europa ocidental. A abordagem da noção de sujeito é elaborada a partir de elementos históricos e *situados*. Por meio desse método, Foucault elabora categorias para explicar os elementos constituintes desse sujeito *situado*: a dominação microfísica e como ela se relaciona com os saberes acerca do humano; o biopoder, a governabilidade e sua relação com os saberes geográficos e estatísticos.

A riqueza desse método inspirado em Heidegger – porque enfatiza a imprescindibilidade de compreender o sujeito *situado* na temporalidade – está na desconstrução do sujeito a-histórico dos filósofos: em lugar da política encenada no teatro hobbesiano pela qual o soberano é a *persona* que representa a peça escrita pelo conjunto dos indivíduos que formam o corpo político, Foucault oferece a enfadonha política da dominação cotidiana, dos asilos dos loucos, das fábricas das operárias, das escolas das crianças, dos policiais e das prisões dos delinquentes.

A crítica foucaultiana à subjetividade Moderna é desenvolvida a partir de um conjunto de enunciados que

⁸ FOUCAULT, Michel. DE, IV, n.º 295: “Sexualité et Solitude” (maio-junho de 1981) *apud* GROS, Frédéric. **Situação do curso**. In: FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**: curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros. Tradução: Márcio Alves da Fonseca, Salma Annus Muchail. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 474.

estabelecem uma positividade, sempre de forma situada. Nesse sentido, Foucault reconhecer ser qualificado como positivista se isso significa que ele analisa a raridade em lugar das totalidades, a descrição das relações de exterioridade em lugar do fundamento transcendental, os acúmulos em lugar da busca da origem⁹.

Para retomar o exemplo da loucura, isso significa compreender que a loucura só existe no âmbito dos discursos que tratam da loucura. A loucura só existe no asilo que aprisiona o louco, a loucura só existe nas prescrições psiquiátricas que tratam o louco, a loucura só existe nos processos judiciais que consideram um réu inimputável porque é louco. Em outras palavras, o conhecimento do sujeito louco apenas pode ser feito a partir da positividade existente, a partir dos discursos dispersos sobre o louco. Esses discursos estão sedimentados no tempo, nas decisões judiciais, nas prescrições médicas, nos registros e cadastros de asilo e assim por diante.

Aqui, Foucault se aproxima dos estruturalistas: o sujeito não existe, o que existe são as relações que constituem o sujeito. No entanto, Foucault se distancia da atitude estruturalista na medida em que situa essas relações: é necessário um corte espacial e temporal para selecionar a positividade, para selecionar o depósito de discursos, o depósito sedimentar das relações constitutivas do sujeito. De outro lado, ao se confrontar Foucault com os neopositivistas, pode-se falar que, se os neopositivistas queriam uma filosofia da ciência apartada da metafísica, eles também queriam uma filosofia apartada da história. Isso porque o projeto neopositivista de construção de uma linguagem pura para avaliar as proposições científicas era também um projeto desprovido de historicidade na exata medida em que essa linguagem seria um filtro para definir o verdadeiro independentemente das condições de tempo, de lugar, de cultura, etc.

⁹ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 152-153.

Diferentemente dos neopositivistas, para Foucault, a compreensão de determinado sujeito apenas pode ser feita de maneira situada e jamais pode ser pensada fora do tempo, do espaço e das instituições. Foucault rejeita a metafísica, mas não rejeita a contingência da temporalidade.

Se não há metafísica, se não há uma filosofia da história, se não há um sujeito universal que guia a história, não há, para voltar ao exemplo da loucura, uma ideia de loucura sob as aparências da história das instituições, não há um saber oculto que influencia os conhecimentos científicos e autorizados sobre a loucura e não há uma origem, uma datação do surgimento da ideia de loucura.

Do mesmo modo, não há um domínio do saber liberto de qualquer positividade onde estivesse a liberdade do sujeito ou o transcendental. A análise discursiva recusa o suporte transcendental, seja antropológico, seja o linguístico (o ser da linguagem, a linguagem é a morada do ser, etc.). Ao se opor a qualquer noção transcendente de sujeito ou a qualquer noção teleológica sobre o sujeito, pode-se, em contrapartida, assumir que certa concepção de sujeito (o louco, o prisioneiro, o paciente, etc.) é forjada e estabelecida por práticas discursivas.

Ao se assumir essa metodologia, a compreensão da subjetividade jurídica apenas é viável ao se delimitar contextos discursivos, visualizando como se manifestam os processos e procedimentos de sujeição típicos do plano espaço-temporal¹⁰ de

¹⁰ Sobre a formação concreta do sujeito, pontuando que ela se faz por meio de processos de subjetivação e de procedimentos de sujeição: “Ora, o que constitui o sujeito numa relação consigo determinada são justamente técnicas de si historicamente referenciáveis, que se compõem com técnicas de dominação, também elas historicamente datáveis. De resto, o indivíduo-sujeito emerge tão somente no cruzamento de uma técnica de dominação e uma técnica de si. Ele é a dobra dos processos de subjetivação sobre os procedimentos de sujeição, segundo duplicações, ao sabor da história, que mais ou menos se recobrem. (...) Foucault pretende significar que o sujeito não está vinculado à sua verdade segundo uma necessidade transcendental ou um destino fatídico. Pondo a descoberto, em setembro de 1980, seu projeto de uma genealogia do sujeito, escreve ele, sempre na primeira versão inédita de sua conferência americana: *‘Penso que há aí uma possibilidade de elaborar uma história daquilo que fizemos e que seja ao mesmo tempo uma análise daquilo que somos; (...) Trata-se, em suma, de partir em busca de uma outra filosofia crítica: uma filosofia que não determina as condições e os limites de um conhecimento do objeto, mas as condições e as possibilidades indefinidas de transformação do sujeito.’* (GROS, Frédéric. **Situação do**

uma dada forma de subjetividade. Isso justifica a necessidade da escolha de uma subjetividade jurídica específica.

4. A relevância do estudo crítico da criança e o adolescente como subjetividade jurídica.

Entre os novos sujeitos de direito (o trabalhador, a pessoa com deficiência, a mulher vítima de violência doméstica, o idoso, etc.), a criança e o adolescente partilham de uma peculiaridade que atrai seu estudo, especialmente no que se relaciona à antinomia da abstração em face do indivíduo concreto: são sujeitos sem voz. Ou melhor, mesmo quando falam, parecem não dizer o que dizem.

Primeiro, porque a criança e o adolescente são considerados incapazes para os atos da vida civil (antes dos dezesseis anos, são absolutamente incapazes; entre os dezesseis e dezoito anos, são relativamente incapazes).

Segundo, porque, mesmo quando instados a manifestar sua vontade em processos judiciais que os envolvem (processos que veiculam pedido de guarda ou de adoção, por exemplo), o Direito exige intérpretes de sua fala: são necessários psicólogos e assistentes sociais para expressarem em laudos e relatórios o que, verdadeiramente, manifesta a vontade da criança ou do adolescente: é a fala dela que manifesta sua vontade ou o seu silêncio que a manifesta?¹¹

curso. In: FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito:** curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros. Tradução: Márcio Alves da Fonseca, Salma Annus Muchail. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 475.

¹¹ Nesse sentido, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto n.º 99.710, de 21.11.1990:

“Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação

Mais do que exigir intérpretes, para o Direito, a fala das crianças e dos adolescentes é interpretada para ouvintes privilegiados: o advogado, o juiz de direito, o promotor de justiça, o defensor público, etc.

Ao se considerar esses elementos, interessante paralelo pode ser estabelecido entre a atividade tradutora desempenhada por psicólogos e por assistentes sociais com a atividade xamânica.

Nas culturas ameríndias amazônicas, os animais são percebidos como pessoas com um envólucro, com uma roupa de bicho, e os xamãs são seres que conseguem se comunicar com os animais porque os veem sem a roupa de bicho:

A noção de que os não humanos atuais [isto é, os animais e plantas] possuem um lado prosomórfico invisível é um pressuposto fundamental de várias dimensões da prática

nacional.” (BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.).

No Estatuto da Criança e do Adolescente, podem-se citar os seguintes dispositivos que exigem essa audição qualificada das crianças e dos adolescentes:

“Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. ([Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) Vigência

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. ([Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) Vigência

(...)

Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

Parágrafo único. Deferida a concessão da guarda provisória ou do estágio de convivência, a criança ou o adolescente será entregue ao interessado, mediante termo de responsabilidade. ([Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) Vigência

Art. 168. Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.” (BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.) [sem grifo no original]

indígena; mas ela vem ao primeiro plano em um contexto particular, o xamanismo. O xamanismo amazônico pode ser definido como a habilidade manifesta por certos indivíduos de cruzar deliberadamente as barreiras corporais e adotar a perspectiva de subjetividades aloespecíficas, de modo a administrar as relações entre estas e os humanos. **Vendo os seres não humanos como estes se veem (como humanos), os xamãs são capazes de assumir o papel de interlocutores ativos no diálogo transespecífico; sobretudo, eles são capazes de voltar para contar a história, algo que os leigos dificilmente podem fazer. O encontro ou o intercâmbio de perspectivas é um processo perigoso, e uma arte política – uma diplomacia. Se o ‘multiculturalismo’ ocidental é o relativismo como política pública, o perspectivismo xamânico ameríndio é o multiculturalismo como política cósmica.**¹²

Para a cultura do Direito Moderno ocidental, as crianças e os adolescentes parecem percebidos como pessoas fantasiadas de “infantilidade”. Essa cultura outorga aos assistentes sociais e psicólogos, à “equipe interprofissional”, a habilidade de se comunicar com crianças e adolescentes como se fossem despidas das fantasias infantis, traduzindo sua linguagem para o mundo adulto.

Se os xamãs são seres transespecíficos, dialogando, em uma “diplomacia cósmica” com animais e plantas, os psicólogos e assistentes sociais são seres transgeracionais, diplomatas do tempo e da maturidade.

Diante desse processo de traduções e de tomada de decisão com base nessas traduções (pois, juízes, promotores de justiça, advogados e defensores públicos decidem com base nos laudos e relatórios elaborados pelos psicólogos, assistentes sociais, enfim, pela equipe técnica), cabe o questionamento, provocado pelo método foucaultiano de delimitação de uma positividade discursiva: a fantasia da infantilidade vestida pelas crianças e adolescentes, a formação da subjetividade jurídica “criança e adolescente” não

¹²VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*. 5.ed. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p.357-358.

decorreria desse processo de individuação produzido por assistentes sociais, psicólogos, juízes de direito, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, casas lar, famílias acolhedoras, etc. ?

Ao se confrontar com essa questão, aventa-se a possibilidade de se analisar como se produz a subjetividade jurídica da “criança e adolescente” no âmbito da doutrina da proteção integral. Mais tal confronto, oportuniza avaliar se tal subjetividade, típica do humanismo pós-Guerra (pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundante do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹³), atinge a um dos objetivos a que se propõe, correspondente a romper com o paradigma de sujeito de direito abstrato delineado pela civilística oitocentista e pelo contratualismo político dos séculos XVII e XVIII.

Para não incidir naquela análise generalizante do Direito Moderno, pela qual este é pensado como entidade metafísica, o estudo da produção do sujeito “criança e adolescente” depende do exame dos processos e procedimentos de sujeição da infância e da juventude para além do direito positivo estatal e para além do discurso dos juristas. Esses processos e procedimentos podem ser expostos mediante a compreensão do diagrama¹⁴ do plano espaço-

¹³ Sobre a base comum do Direito Internacional das Crianças e dos Adolescentes que influencia a legislação brasileira: “A Constituição brasileira de 1988 inspirou-se nas mais avançadas conquistas de caráter humanista quando fixou a filosofia e os objetivos que devem servir de parâmetros à legislação brasileira sobre a criança e o adolescente. Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, aprovada pela ONU em 1948, fez referência expressa aos cuidados e à assistência especiais a que tem direito a criança, dispondo enfaticamente, no art. 25, que ‘todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social’. (...) Dois pontos devem ser, desde logo, postos em evidência nessas diretrizes de âmbito mundial, inspiradoras da legislação interna dos Estados: a exigência de absoluta igualdade de tratamento para *todas* as crianças, sem privilégios e discriminações, o que se aplica tanto ao oferecimento de proteção e garantias quanto à imposição de restrições e de medidas disciplinares; são igualmente responsáveis pela criança a família, a sociedade e o Estado, não cabendo a qualquer dessas entidades assumir com exclusividade as tarefas, nem ficando alguma delas isenta de responsabilidade.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir (coordenador). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. Atualizada de acordo com a lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p.40.)

¹⁴ A expressão diagrama é tomada de Deleuze: “O que é um diagrama? É a exposição das relações de forças que constituem o poder, segundo os caracteres analisados anteriormente. (...) Vimos que as relações de forças, ou de poder, eram microfísicas, estratégicas, multipontuais, difusas, que determinavam singularidades e constituíam funções puras. O diagrama, ou a máquina abstrata, é o

temporal brasileiro no curso século XX, do jogo de forças e máquinas que produzem a subjetividade jurídica da infância e da adolescência nesse contexto físico e temporal.

Dessa maneira, um problema que justifica esse estudo é abordar como, no processo de urbanização vivenciado no curso do século XX pelo Brasil, construiu-se o que era menor (doutrina da situação irregular) e, após, criança e adolescente (doutrina da proteção integral). Em outras palavras, o problema seria compreender o diagrama ordenador da infância (Família, Conselho Tutelar, Poder Judiciário, Ministério Público, Assistência Social, etc.) e como ele relaciona os dispositivos qualificadores sobre os indivíduos (menor, criança, adolescente) com suas funções (educação, formação profissional, orientação sexual, modos de habitação e moradia, etc.).

Para compreender o diagrama produtor da subjetividade jurídica da infância e da adolescência é fundamental, como acima exposto, expandir sua análise para além do discurso dos juristas e para além do exame do direito positivo estatal. Como sustentado, o método exigido para tal empreitada demanda o exame do funcionamento dos dispositivos, das máquinas produtoras dessa subjetividade: Poder Judiciário, Ministério Público, Serviço Social, etc.

Desse modo, o primeiro parâmetro metodológico consiste em definir meios para se entender o funcionamento desses dispositivos. Por ora – e esse “por ora” é relevante na medida em que outras

mapa das relações de forças, mapa de densidade, de intensidade, que procede por ligações primárias não-localizáveis e que passa a cada instante por todos os pontos (...). Certamente, nada a ver com uma Idéia transcendente, nem com uma superestrutura ideológica; nada a ver tampouco com uma infra-estrutura econômica, já qualificada em sua substância e definida em sua forma e utilização. Mas não deixa de ser verdade que o diagrama age como uma causa imanente não-unificadora, estendendo-se por todo o campo social: a máquina abstrata é como a causa dos agenciamentos concretos que efetuam suas relações; e essas relações de forças passam, ‘não por cima’, mas pelo próprio tecido dos agenciamentos que produzem. (...) a causa imanente é aquela cujo efeito a atualiza, integra e diferencia. Por isso nela há correlação, pressuposição recíproca entre a causa e o efeito, entre a máquina abstrata e os agenciamentos concretos (é a esses que Foucault reserva mais frequentemente o nome de ‘dispositivos’). (...) Os agenciamentos concretos da escola, do exército ... operam integrações sobre substâncias qualificadas (crianças, trabalhadores, soldados) e funções finalizadas (educação, etc.), até o Estado, que visa a uma integração global, a não ser que se trate do Mercado universal.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução Claudia Sant’Anna Martins; revisão da tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 46-47.)

abordagens metodológicas podem se apresentar como funcionais –, a análise de processos judiciais que envolvem acolhimento institucional de crianças e adolescentes associada a entrevistas com as pessoas que neles atuaram (juízes de direito, membros do Ministério Público e profissionais de assistência social e psicologia, por exemplo) apresenta-se como uma forma de acessar a produção jurídica da infância sob a regência do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo parâmetro metodológico a ser adotado é o distanciamento do discurso crítico-iluminista de libertação. Em outras palavras, com esse estudo, não se pretende libertar, emancipar as crianças do jugo do Direito, do jugo dos adultos, do jugo do capitalismo.

O discurso emancipador pode ser ingênuo e perigoso. Ingênuo porque desconsidera que as chamadas ciências humanas, em sua recente história, criaram o homem como objeto do conhecimento e como ator da liberdade. Porém, ao delinear o homem como ator de sua liberdade, as ciências humanas também criam os quadros de opressão e exploração, pois o sujeito-cidadão que se liberta das amarras do Antigo Regime e o sujeito-proletário que resiste à exploração capitalista apenas têm seu lugar no quadro discursivo, reducionista e opressor da teoria do Estado Iluminista e do marxismo ortodoxo.

De outro lado, o discurso emancipador pode ser perigoso porque ele sustenta consigo um clamor contra a mentira, um apelo à verdade que inviabiliza o exame crítico das vivências. Ao se assumir como verdade insondável o caráter emancipatório da doutrina da proteção integral, obstaculiza-se, por exemplo, o estudo crítico de tal doutrina e o entendimento dos mecanismos de poder que ela traz consigo.¹⁵

¹⁵ O cuidado metodológico correspondente à evitação de qualquer teleologia é bem sintetizado por Foucault no exame da genealogia: “Se interpretar era colocar lentamente em foco uma significação oculta na origem, apenas a metafísica poderia interpretar o devir da humanidade. Mas se interpretar é se apoderar por violência ou sub-repção, de um sistema de regras que não tem em si significação essencial, e lhe impor uma direção, dobrá-lo a uma nova vontade, fazê-lo entrar em um outro jogo e submetê-lo a novas regras, então o devir da humanidade é uma série de interpretações. E a genealogia deve ser a sua

Dessa maneira, ao se reconhecer que as chamadas ciências humanas não podem se pautar por padrões objetivos de “cientificidade”, pode-se assumir como legítima a tarefa de se compreender como a doutrina da proteção integral, mais do que revelar a verdade da criança libertada das opressões da doutrina da situação irregular, constrói e produz uma certa subjetividade jurídica chamada infância e adolescência, tal como o marxismo produz o proletário como uma espécie de sujeito e a teoria política juscontratualista produz o cidadão como subjetividade.

5. Conclusão.

O estudo crítico da antinomia da abstração do Direito Moderno diante das vivências concretas pode ser efetuado por meio do exame do sujeito de direito. A proposta ora apresentada visa a efetuar tal exame por meio da compreensão da forma pela qual se produz a subjetividade jurídica, baseando-se no aparato conceitual de Foucault, Deleuze e Guattari.

A partir de tais elementos, será possível abordar a produção da subjetividade jurídica “criança e adolescente”, percebendo como as instituições e profissionais atuantes na Justiça da Infância e da Juventude contribuem para essa produção.

Essa abordagem demanda alguns cuidados metodológicos, especialmente para evitar uma visão progressista e metafísica da história do Direito da Infância e do Adolescente, pela qual se supõe que a doutrina da proteção integral, atualmente vigente, representou uma superação humanista da prévia doutrina da situação irregular.

A abordagem e os cuidados metodológicos ora sugeridos constituem um mero esboço a ser desenvolvido com maior rigor e aprofundamento.

história: história das morais, dos ideais, dos conceitos metafísicos, história do conceito de liberdade ou da vida ascética, como emergências de interpretações diferentes. Trata-se de fazê-las aparecer como acontecimentos no teatro dos procedimentos.” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 8.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p.26.)”

6. Referências.

- CURY, Munir (coordenador). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. Atualizada de acordo com a lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p.17-81.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução Cláudia Sant'Anna Martins; revisão da tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2013. 142p.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 8.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p.15-37.
- _____. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de: Salma Tannus Muchail. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 541p.
- _____. **A hermenêutica do sujeito**: curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros. Tradução: Márcio Alves da Fonseca, Salma Annus Muchail. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.3-440.
- _____. **A arqueologia do saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. 254 p.
- GROS, Frédéric. **Situação do curso**. In: FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**: curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros. Tradução: Márcio Alves da Fonseca, Salma Annus Muchail. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.457-493.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.42-68.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p.3-415.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. 5.ed. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p.11-85; 183-552.

Direito e ciberespaço: o *code* como fonte do direito contemporâneo na perspectiva do pluralismo jurídico

*Rennan Klingelfus Gardoni*¹

Introdução

As transformações da sociedade informacional exigem que os juristas voltem seu olhar às novas tecnologias e a um novo ambiente de interação social: o ciberespaço. Um ponto sensível dessa nova dinâmica social é a necessidade de reformular a teoria das fontes do direito.

O presente trabalho tem como objetivo analisar uma nova fonte de manifestação do direito: o “Código”. É certo que os Códigos – entendidos, em linhas gerais, como as sistematizações legislativas modernas, cujo emblema é o *Code Civil* napoleônico – foram uma inovação no século XIX. Todavia, não é deles que trataremos. A transformações das tecnologias da informação no século XXI trazem consigo um outro “Code”.

O código da programação é a moldura do ambiente virtual. Portanto, tem o poder de regulamentar as condutas individuais no ciberespaço, se apresentando, assim, como uma fonte de normatividade. É a arquitetura que dita as possibilidades de

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade.

interação na internet e, conseqüentemente, baliza os comportamentos e a liberdade dos usuários.

Todavia, essa nova forma de manifestação do direito por um lado escapa à regulamentação estatal e, por outro, ameaça a liberdade individual dos usuários da rede. Tendo em vista esses problemas, buscamos uma forma de compreender o “code” como uma manifestação do direito e sua relação com as demais fontes jurídicas no contexto do pluralismo jurídico contemporâneo.

A base inicial para a análise da teoria das fontes do direito é a historiografia jurídica. Isso porque as pesquisas realizadas no âmbito da história do direito permitem perceber de forma diacrônica as especificidades do passado e um deslocamento do presente. Nesse sentido, os estudos histórico-jurídicos revelam que a visão da “lei” como fonte única do direito é um fenômeno recente, paradigma cujo desgaste já se indica.

Com efeito, a teoria das fontes do direito que vê na lei fundamento único de qualquer manifestação jurídica se revela contingente e passível de modificações. Nessa linha, a abordagem é guiada pela perspectiva do pluralismo jurídico no contexto do direito contemporâneo. Os atuais movimentos do ordenamento jurídico revelam a tendente erosão do paradigma monista, com a introdução de novas fontes, pontos descentralizados de produção normativa no ordenamento jurídico, como o direito internacional, os direitos do cotidiano e o direito dos povos tradicionais. Longe da pretensão de completude que de seu homônimo novecentista, o “code” se revela como um desses pontos, eis que dá a forma jurídica das relações no ciberespaço. Diante disto, buscamos analisar, sem pretensão de completude, algumas características normativas do “code” e sua relação a teoria pluralista do direito, bem como sua adequação com as demais fontes do ordenamento jurídico no âmbito dos Estados constitucionais.

As fontes do direito na pré-modernidade e na modernidade

As fontes do direito para o conhecimento jurídico são “as vias de manifestação ou de formação de um direito num ordenamento jurídico”². A lei como fonte única do direito é uma perspectiva recente do fenômeno jurídico que vem sendo mitigada nos últimos anos. Aqui, recorreremos à análise das fontes do direito no período anterior à modernidade jurídica como ferramenta de acesso ao presente e compreensão da contingência do fenômeno moderno. A análise diacrônica busca evitar a ignorância de rupturas ou o anacronismo conceitual. Para tanto, é preciso contextualizar esse outro tempo, percebendo a teia histórico-jurídica que possibilita essa relação entre as fontes.

Apesar da continuidade apontada por Paolo Grossi³ entre os períodos medievais (“Oficina da práxis e Laboratório sapiencial), voltamos a nossa abordagem apenas ao último, visto que nos interessa apontar a ruptura no âmbito das fontes do direito entre este período e a modernidade jurídica.

A sociedade medieval é constituída de várias sociedades, corpos que constituem uma unicidade a partir da relativa autonomia por meio da qual se relacionam. Nesse ambiente não há possibilidade de coincidência completa entre o direito e um único ente político. O contexto da ordem jurídica pré-moderna se caracteriza principalmente pela ausência de um poder político centralizado⁴. O vazio deixado por esse desaparecimento é preenchido parcialmente na Idade Média. Há uma diversidade de regimes e entes políticos neste período, entretanto, nenhum deles com a pretensão e a aptidão para se sobrepor absolutamente aos demais. Essa ausência permitiu o desenrolar de uma experiência jurídica nova, na qual há liberdade

² HESPAÑA, António Manuel. **Caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 530

³ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 39

⁴ Idem.

para que diversos ordenamentos jurídicos possam estar presentes no mesmo espaço contando com autonomia.

Costa destaca “princípios-guia” na cultura jurídica medieval. A hierarquia é um deles, entendida como a disposição harmônica das partes de um ente unitário, como “causa e efeito” de uma ordem naturalmente desigual: “A ordem já está dada e a sua intrínseca e harmoniosa justiça coincide com a diferenciação hierárquica dos seus componentes”⁵.

Nesse contexto, a lei, ainda que remeta a uma expressão da vontade do poder político e fundamento de normatividade, possui papel diverso da imagem atual. Isso porque a indisponibilidade da realidade e a preexistência de uma ordem mais ampla são pressupostos da noção medieval sobre a lei.

Convivem, na ordem jurídica medieval, diversas manifestações do ordenamento. A convivência entre os *iura propria* e o *ius commune* é característica desse período. Mas esse pluralismo é mais do que uma justaposição de culturas jurídicas. É uma correlação ente diferentes fontes sem que houvesse predominância de umas sobre as outras, refletindo a multiplicidade de forças que compunha a constituição do ordenamento jurídico.

O direito comum é caracterizado principalmente por uma estrutura doutrinária que parte tanto dos escritos romanos (*Corpus Iuris Civilis*) quanto dos escritos que compõem o direito canônico. Esse direito “sapiencial” convive com os *iura propria*, em uma relação pautada principalmente pela adequação da ordem global às particularidades locais pela distribuição hierárquica das *iurisdictiones*⁶.

⁵ COSTA, Pietro. A soberania na cultura político jurídica medieval: Imagens e teorias. In: _____. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 104

⁶ COSTA, Pietro. A soberania na cultura político jurídica medieval: Imagens e teorias. In: _____. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

O costume e a jurisprudência têm papel relevante nesse contexto. Isso porque a factualidade é marca dessa ordem jurídica, que vê o direito como exterior ao sujeito, ligado à divindade e à “natureza das coisas”. Assim, a reiteração das práticas sociais adquire normatividade como fato natural. Por outro lado, a jurisprudência tem como papel a leitura dessa realidade plural, visando adequar ordenamento à situação particular. Para tanto, se utiliza de conceitos chave como a *aequitas*. Com efeito,

Pensar a sociedade política e jurídica europeia pelo menos até o século XVIII, portanto, é, de um modo geral, pensar numa sociedade plural, não centralizada, com diversas fontes produtivas de direito e com diversas formas de expressão da juridicidade⁷.

A lei, portanto, tinha papel coadjuvante nessa ordem. Ela convive com as demais fontes do direito de forma relativamente harmônica. Sua expressão deve estar adequada à ordem. Cabe ao soberano *dicere ius*, declarar um direito superior à sua vontade: “a lei é função da ordem e não expressão da onipotência da vontade”⁸.

Assim, o *ius commune* medieval⁹ foi caracterizado por um forte pluralismo jurídico, harmonizado pela equidade, elemento que permitia o ajustamento da ordem jurídica à realidade. Com efeito, privilegiou a facticidade em detrimento da formalidade e proporcionou um ordenamento em que o direito é encarnado pela sociedade, em que a observância das normas prepondera sobre a obediência.

Entretanto, a modernidade jurídica busca reduzir essa complexidade plural e flexível no ordenamento jurídico. O processo

⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo, A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica, **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 30, n. 58, 2009. p. 25-26

⁸ COSTA, Pietro. A soberania na cultura político jurídica medieval: Imagens e teorias. In: _____. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 124

⁹ Para uma síntese ver: CAPPELLINI, Paolo. Direito Comum. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba, vol 9, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1907/975> Acesso em: 16/07/2018.

de modernização do direito europeu é diversificado, lento e permeado por contradições. Todavia, é possível traçar algumas linhas gerais dessas transformações.

O contexto é o da emergência do individualismo e da gradual centralização do poder político na figura do príncipe. A diversidade do ordenamento jurídico medieval passa a ser vista como fonte de incerteza a ser ultrapassada por uma apreensão universalizante de todo o fenômeno jurídico pelo soberano, dotado, a partir de então, cada vez mais de uma função legislativa. Há uma redução de complexidade¹⁰ visível sobretudo no âmbito das fontes, no qual se destaca a experiência francesa:

[...] do século XIV até os primeiros anos do século XIX, ou seja, até a Revolução e à grande codificação napoleônica, ocorre uma contínua erosão das velhas fontes tradicionais e, em contraponto, ocorre um contínuo dilatar-se da produção legislativa do Rei que invade cada vez mais inclusive nos campos desde sempre reservados à imemorable disciplina consuetudinária¹¹.

Esse processo de mitigação da diversidade do direito e do papel do jurista, de submissão total do fenômeno jurídico ao ente estatal, é denominado por Paolo Grossi de “absolutismo jurídico¹²” e tem seu emblema na redução do direito à “forma código¹³”. O “Code” como fonte do direito é uma novidade jurídica moderna que simboliza as pretensões de racionalidade, abstração, formalidade, perpetuidade e monismo jurídico.

¹⁰ Expressão de Paolo Grossi. GROSSI, Paolo. Para Além do Subjetivismo Jurídico Moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo SEELANDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.) **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

¹¹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006., p. 49

¹² GROSSI, Paolo. **Absolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

¹³ Expressão de Paolo Cappellini. CAPPELLINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Torino: Giappichelli, 2010, p. 111 e segs.

A lei, portanto, se destaca no contexto moderno como fonte principal formal de direito¹⁴. No século XIX e no início do século XX essa tendência se consolida na maior parte dos países de *civil law*. As demais fontes do direito são relegadas à irrelevância: “O arcabouço de leis que vai sustentar este processo, por outro lado, é visto como um sistema que tende à completude e que, portanto, deve esgotar a juridicidade”¹⁵.

Todavia, o final do século XX e o início do século XXI acenam uma erosão desse sistema jurídico centrado na lei. As transformações ligadas ao advento do ciberespaço e da “Sociedade Informacional” exigem ainda mais que a teoria das fontes perceba novas manifestações do direito.

Um outro “Código” como uma das fontes do direito contemporâneo

Com o advento do constitucionalismo da segunda metade do século XX a lei perde a centralidade na teoria das fontes do direito. A Constituição passa a figurar como um conjunto de “critérios supralegais que deve orientar sua produção e interpretação”¹⁶:

Durante alguns séculos, esta ideia de fontes que jorram de uma mãe-d’água comum - fosse ela a Providência Divina, a razão natural, ou o espírito do povo - propiciou a ideia de uma harmonia fundamental entre todas as normas, de modo a que todo o sistema de fontes devesse produzir um ordenamento jurídico harmónico e coerente. Isso decorria - como logo se vê - da ideia de que a subentendida mãe do direito era uma só (o “Povo”, por exemplo; a “Razão”, noutras versões), coerente, não esquizofrênica... Em vista destes míticos pressupostos - o último dos quais seria a existência, na comunidade, de um *idem sentire*,

¹⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo, A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica, **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 30, n. 58, 2009. p. 29

¹⁵ *Idem*. p. 30

¹⁶ *Idem*. p. 31

de um consenso, jurídico - esta ideia da harmonia e coerência do ordenamento jurídico não reúne hoje um consenso suficiente. Porém, o advento do Estado constitucional reintroduziu uma certa unidade num conjunto díspar de fontes, ao sujeitá-las todas à hegemonia dos comandos e valores da Constituição¹⁷.

Além disso, há a percepção de que o direito transborda a lei, possuindo manifestações que vão além da perspectiva monista que permeou a concepção moderna de ordenamento:

O monismo legislativo é, na ordem dos factos, uma ficção simplificadora. Qualquer sociedade tem mais normas do que as legais. Isto é uma aquisição antiga do ‘pluralismo jurídico’, ou seja, da ideia de que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles¹⁸.

Hespanha aponta que há uma tendência de não se ver o Estado como centro único de produção das normas jurídicas, cada vez mais se destacando a produção direta de normas pela sociedade, tanto pela “dispersão de centro de poder normativo”, no âmbito interno, quanto pela “sociedade global de todas as nações”, nas relações externas aos Estados:

As pessoas – juristas ou leigos – parece tenderem a procurar um direito “autêntico” noutros lugares: na organização da vida corrente (por exemplo, na vida das famílias, nas regras comunitárias do convívio quotidiano); práticas estabelecidas ou inevitáveis leis dos negócios (v.g “as leis do mercado”, a *nova lex mercatória*); nas regras geralmente seguidas em certo setor de atividade – as chamadas “regras da arte” (dos médicos, da comunidade académica ou científica) – naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade – as “boas práticas” (na administração pública, na escola, nas relações entre uma organização e os seus utentes); nas normas que são estabelecidas

¹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópico do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 536.

¹⁸ Idem. p. 65.

pelas organizações representativas de um setor específico do trato social (normas de “autorregulamentação”: no desporto, na regulação da concorrência, da atividade bancária ou mais latamente, financeira; da comunicação social, da internet, na distribuição do espectro de frequências do comunicação radiofônica); nas normas de direito supra estadual (estabelecidas ou não por tratados entre os Estados); nos consensos e acordos que as pessoas estabelecem entre si para regular relações entre elas (contratos, cláusulas de arbitragem, acordos tácitos ou estabelecidos pelos costumes ou por rotinas); nas rotinas e usos comuns e assentes; na comunidade de especialistas em direito (a doutrina, o direito “contra maioritário, etc.”)¹⁹.

Tais formas de criação do direito se apresentam, de acordo com HESPANHA, em descompasso com a tradição democrática que vê no direito a expressão da vontade de um “povo” que se manifesta unicamente pela via estatal. Tanto pelo esvaziamento do conceito de “povo” único, quanto pela dinâmica das vontades entre os diferentes grupos sociais e pelos “constrangimentos” necessariamente impostos à vontade desse suposto “povo”²⁰.

Essa complexidade de produção normativa ganha especial relevância com o advento das transformações da sociedade informacional. HESPANHA destaca que com essa transformação “

[...] a dinâmica da comunicação e da criação de saber tinha ganho um tal ímpeto e uma tal complexidade que tornava ilusório que uma só entidade – mesmo tão complexa como o Estado – pudesse reunir o saber necessário para regular apropriadamente a complexidade crescente da sociedade²¹.

¹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Anablume, 2013. p. 18-19.

²⁰ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Anablume, 2013. p. 19.

²¹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Anablume, 2013. p. 47.

O desenvolvimento das tecnologias informacionais no final do século XX e início do século XXI culminou surgimento de uma nova economia centrada na informação. As tecnologias da informação foram imbricadas à sociedade e à cultura²².

Nesse contexto, emerge o ciberespaço, compreendido, em linhas gerais, como um ambiente artificial cuja estrutura é definida pelos fluxos de informação digital, cujo emblema é a internet²³. Além disso, as interações nesse ambiente constituem uma cultura própria: a cibercultura. Essa manifestação cultural compreende um conjunto de valores específico da rede virtual que não possuem vinculação necessária com uma localidade específica²⁴.

Com efeito, é possível perceber que o ciberespaço emerge como um novo ambiente de relações sociais. Nele as interações são regidas por uma dinâmica própria da virtualidade do espaço digital. Assim, traz também novos desafios ao direito, quanto à regulação das relações intersubjetivas nesse novo palco social.

Lessig aponta que o ciberespaço criou um ambiente no qual o poder e a regulamentação estatal não conseguem penetrar. Todavia, parece inviável um espaço no qual o controle seja possível ao mesmo tempo em que haja completa liberdade. Ele destaca que a perspectiva constitucionalista aponta para a criação de uma certa “constituição” construída no ambiente do ciberespaço, entendida como “uma arquitetura – não apenas um texto legal, mas um estilo de vida – que estrutura e delimita o poder social e jurídico, com a finalidade de proteger valores fundamentais²⁵.”

A partir desta visão construtiva, não se imagina que a liberdade simplesmente emergirá no ciberespaço, sendo provável

²² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v.1. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 43

²³ CANUT, Letícia. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 53-54

²⁴ Idem.p. 63-64

²⁵ Tradução nossa. No original: “an architecture – not just a legal text but a way of life – that structures and constrains social and legal power, to the end of protecting fundamental values”. LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006. p.4

que deixado à auto-regulamentação tenderá a uma potente ferramenta de controle:

[...] A mão invisível, empurrada pelo governo e pelo comércio, está construindo uma arquitetura que irá controlar perfeitamente e possibilitar uma regulação muito eficiente. A disputa nesse mundo não será governamental. Será para garantir que as liberdades essenciais sejam preservadas nesse ambiente de perfeito controle²⁶.

Para compreender o caminho que vem sendo traçado pelo desenvolvimento das interações no ciberespaço, é preciso entender como a regulação funciona, para além do olhar jurídico tradicional. Esse novo enfoque permite perceber que a regulamentação deste novo ambiente vai além das leis e das normas, sendo constituída essencialmente pelo “Código”: “No ciberespaço nós precisamos entender como um diferente “código” regula – como o *software* e o *hardware* (i.e., os códigos do ciberespaço) que fazem o ciberespaço o que é também são o que regula o ciberespaço como ele é”²⁷.

Nesse sentido, o código e a codificação do ciberespaço são responsáveis pela regulação das relações entre os sujeitos nesse ambiente. Portanto, o “Code” do ciberespaço constitui uma fonte de manifestação do direito. Com esse enfoque, Lessig percebe que esse código por um lado representa uma grande ameaça à liberdade, mas por outro possui potencialidade à proteção da liberdade neste ambiente. Diante disso, questiona quais são os valores a informar essa “constituição” do ciberespaço. Ainda, Lessig destaca que é preciso analisar como a construção desta regulamentação é exercida e pode ser submetida ao controle da

²⁶ Tradução nossa. No original: “*This invisible hand, pushed by government and by commerce, is constructing an architecture that will perfect control and make highly efficient regulation possible. The struggle in that world will not be government’s. It will be to assure that essential liberties are preserved in this environment of perfect control*”. Idem p. 4

²⁷ Tradução nossa. No original: “*In cyberspace we must understand how a different “code” regulates— how the software and hardware (i.e., the “code” of cyberspace) that make cyberspace what it is also regulate cyberspace as it is*”. Idem. p. 5

sociedade. Também é importante ter em vista a perspectiva internacional, na medida em que a internet ultrapassa fronteiras, bem como é necessário atentar para a realização de escolhas neste ambiente, entre a privacidade e os valores coletivos, com enfoque no preparo da sociedade e das instituições para realizar escolhas racionais nesse sentido.

Lessig aborda o ciberespaço como uma comunidade na qual as possibilidades não são determinadas pelos mesmos limites da vida real, mas pelo código. O *software* define o tempo e o espaço e pode sofrer alterações para solucionar problemas dos usuários. No ciberespaço “Problemas podem ser programados ou “codificados” dentro da narrativa, e podem ser “codificados” para fora”²⁸. O autor aponta a dificuldade da solução de problemas e da punição individual no ambiente virtual, percebendo que a regulação no ciberespaço é mais difícil que na vida real, tendo em vista o alcance e a possibilidade de anonimato da rede.

Por outro lado, Lessig critica a constitucionalidade de certos mecanismos de controles. Entre eles, o chamado “*The worm*”, uma espécie de código apto a vasculhar silenciosamente os arquivos de um usuário sem deixar rastros divide as interpretações acerca da proteção de privacidade. Por um lado, é um mecanismo eficiente de segurança, por outro, tem o potencial de reduzir drasticamente a liberdade. Com a multiplicidade de dados individuais capturados não só por entidades públicas, mas também privadas: “é fácil imaginar tecnologias que reúnem uma extraordinária quantidade de dados sobre tudo que fazemos e que tornam esses dados acessíveis àqueles com a autorização adequada”²⁹.

Assim, o ciberespaço é visto como um ambiente onde a regulação das condutas pode ser imposta previamente pelo código,

²⁸ Tradução nossa. No original: “*Problems can be programmed or “coded” into the story, and they can be “coded” away*” Idem. p.15

²⁹ Tradução nossa. No original: “*it is easy to imagine technologies that gather an extraordinary amount of data about everything we do and make those data accessible to those with the proper authorization. The intrusiveness would be slight, and the payoff could be great*” Idem. p. 23

podendo criar ambientes de maior ou menor liberdade: “Alguns designs autorizam o governo mais do que outros; alguns designs autorizam o governo de forma diferente; alguns designs devem ser preferidos a outros, dependendo dos valores em jogo”³⁰. A possibilidade de investigação silenciosa revela uma “ambiguidade latente” na proteção constitucional à privacidade. Todavia, não é possível contar com as instituições atuais para resolver as ambiguidades trazidas à tona pela inovação tecnológica.

O aparato estatal dispõe de capacidade para regular o ciberespaço, além de motivos, ligados principalmente à segurança, para levar a cabo tal regulamentação. Todavia, o foco deve ser desviado das condutas individuais para a própria moldura do ambiente, aumentando sua regulabilidade. Para tanto, sequer é necessária a atuação direta do Estado. Como exemplo, Lessig cita o *Communications Assistance for Law Enforcement Act*. A lei determinou que as empresas de telefonia promovessem uma estruturação de sua rede de comunicação que possibilitasse a vigilância. Além disso, outros aplicativos também foram codificados para aumentar o controle, incluindo até a possibilidade de localização de chamadas pelo FBI. Assim, a regulamentação do código tem se mostrado a forma mais eficaz de controlar as condutas no ciberespaço. É possível que seja determinada a identificação, com mais ou menos detalhes, de cada usuário da rede, por meio de sanções ou incentivos fiscais.

Lessig afirma a necessidade de que os governos desempenhem o papel de estruturar a rede, na medida que podem influenciar o mercado e promover os interesses estatais. Ele entende que a regulação é mais que simples vigilância, mas um instrumento de promoção da liberdade diante dos riscos do ciberespaço. Portanto, a codificação deste ambiente está imbricada com o exercício do poder. Sendo assim, é indispensável pensar essa

³⁰ Tradução nossa. No original: “Some designs enable government more than others; some designs enable government differently; some designs should be chosen over others, depending upon the values at stake” Idem. p. 24

estrutura em seu viés político, visando a promoção dos interesses e valores coletivos, sem perder de vista os possíveis danos da relação próxima entre Estado e mercado.

As considerações de Lessig sobre o “código” como estrutura do ciberespaço com aptidão normativa são essenciais para a incidência do direito sobre as relações sociais no ambiente virtual. Além disso, sua reflexão acerca da limitação e da promoção das liberdades no ciberespaço a partir da arquitetura da rede também são essenciais para o debate jurídico sobre o assunto.

Partindo dessa visão, propõe-se um olhar que se afasta um pouco da perspectiva de Lessig. É que – ainda que afirme: “code is law” – o autor sugere, como solução para o impasse entre regulação e liberdade, que o Estado deve se valer de mecanismos legislativos para regular o código e, conseqüentemente, as condutas no ambiente virtual. É certo que as condutas merecem regulação, todavia, como apontado, a teoria do pluralismo jurídico contemporâneo indica a erosão do paradigma legislativo e o reconhecimento de fontes do direito não-estatais.

Percebendo o código do ciberespaço como fonte do direito não-estatal, entende-se que ele não deve ser regulado pela lei, mas deve conviver com ela na perspectiva da teoria das fontes do direito contemporâneo. Aqui, adotamos a concepção sugerida por António Manuel Hespanha, pois busca uma sistemática que abarque a relação das fontes não-estatais com o ordenamento jurídico positivo no contexto do constitucionalismo democrático contemporâneo. Trata-se, do ponto de vista aqui proposto, de sugerir uma forma jurídica contemporânea para abordar o problema da regulação do ciberespaço.

No contexto do Estado constitucional democrático, Hespanha aponta dois problemas na vinculação do direito à vontade popular. Em primeiro lugar, a possível disparidade entre o sentimento jurídico da comunidade e a expressão do direito pelos governantes. Em segundo, a dinâmica normativa da sociedade, ou seja, a produção de normas que parte do social e o reconhecimento da validade delas nos

círculos de convivência. Diante disto, ele conclui que é vantajoso admitir a expressão do direito por formas não estatais³¹.

Todavia, Hespanha destaca que o reconhecimento do pluralismo jurídico como fato e manifestação do direito deve ser filtrado pelo ordenamento positivo a partir das condições estabelecidas pelas normas de reconhecimento:

Quer quanto à recepção na ordem jurídica; quer quanto às condições sob as quais ela aí é recebida; quer quanto à sua concorrência com outras normas – nomeadamente as recebidas com a qualificação de superioridade normativa, como geralmente acontecerá com a Constituição e com as leis³².

Disto surge o problema do consentimento social acerca do reconhecimento de outras formas de manifestação jurídica pelos tribunais. Para superá-lo, Hespanha adota o respeito à vontade popular, formalmente expressa, como princípio-guia para balizar o equilíbrio entre o reconhecimento e os limites do pluralismo: a “valorização de certas normas como jurídicas tem que obedecer a algumas condições – tem que ser aceite como tal pela generalidade dos juristas e dos cidadãos”³³.

No contexto dos Estados constitucionais, a principal expressão formal desse aproximado consenso entre juristas e cidadãos, e, portanto, base estruturante das normas de reconhecimento, é a Constituição. Todavia,

Embora não se possa excluir casos especiais de permeabilidade da norma de reconhecimento em relação a normas contrárias à Constituição e à lei, a admissão de uma rendição pura e simples dos valores constitucionais (como a democracia, a liberdade, a igualdade) a “um direito realisticamente reconhecido” tem que ser sujeita a uma cuidadosa análise, verificando e voltando a

³¹ HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 523

³² Idem. p. 525

³³ Idem. p. 533

verificar se há sinais suficientes de que tais direitos tenham sido efetivamente aceites, e por uma forma tão certa e enfática como o é o direito constitucional e, até o parlamentar legislado³⁴.

Portanto, na perspectiva do ordenamento jurídico constitucional contemporâneo, tomar o “code” como fonte do direito significa pensar mais do que regras sobre sua estrutura, significa criar normas que o insiram na complexa hierarquia de fontes e fazer incidir sobre ele os princípios previstos na constituição.

Sendo assim, a recepção como fonte jurídica da estrutura informacional que molda o ciberespaço (o código) permite que a produção de normas que dela decorre no ambiente virtual tenha como base os princípios fundantes do ordenamento jurídico. Para tanto, a delimitação estrutural do ciberespaço deve passar pelo crivo técnico-jurídico e pela avaliação dos consensos comunitários gerais e da cibercultura, visando a tradução dos valores constitucionais à linguagem informacional.

Conclusão

A erosão do paradigma legislativo, do direito centrado na “Lei”, e o olhar para a realidade anterior à experiência jurídica moderna permitem que a visão do jurista sobre as transformações tecnológicas contemporâneas seja permeada pela possibilidade de pensa-las juridicamente para além da tentativa de regulá-las.

A historiografia jurídica, nesse sentido, abre caminho para a análise do “code” como uma manifestação de direito no ordenamento jurídico constitucional. Afinal, é possível perceber que ao moldar a estrutura do ciberespaço, definindo quais as formas e possibilidades das interações sociais nesse ambiente, o código pode ser visto como uma fonte não-estatal de produção do direito.

³⁴ Idem. p. 534.

Portanto, é desejável que seja recebido pelo ordenamento jurídico contemporâneo a partir de sua localização no interior da hierarquia das fontes, cujo topo é a Constituição. Como conjunto de valores que traduz formalmente a vontade popular, a Constituição deve balizar, mediada pela técnica jurídica e pelos consensos comunitários, a estruturação do ciberespaço, de maneira que o “code” deve traduzir seus valores na definição das possibilidades de comportamento no ambiente virtual.

Referências

CANUT, Letícia. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAPPELLINI, Paolo. Direito Comum. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba, vol 9, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1907/975> Acesso em: 16/07/2018.

CAPPELLINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Torino: Giappichelli, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v.1. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COSTA, Pietro. A soberania na cultura político jurídica medieval: Imagens e teorias. In: _____. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-124.

FONSECA, Ricardo Marcelo, A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica, Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 30, n. 58, p. 23-34, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: A questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coords.) **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

GROSSI, Paolo. Para Além do Subjetivismo Jurídico Moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo SEELANDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.) **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, António, Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Anablume, 2013.

LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.